

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
POUVOIRS SPÉCIAUX
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL
DANS LA PROCÉDURE
DU
DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Pierre DELAUTEL

Secrétaire de la Chambre de Commerce de Reims

Président : M. BARTIN.

Suffragants { MM. PILLET, *Professeur*.
 TISSIER, —

REIMS

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE MATOT-BRAINE

Henri MATOT (I^{er}), Fils et Successeur

6, RUE DU CADRAN-SAINT-PIERRE, 6

1908

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
POUVOIRS SPÉCIAUX
DU
PRÉSIDENT DU TRIBUNAL CIVIL
DANS LA PROCÉDURE
DU
DIVORCE

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le 6 Juin 1908, à 2 h. 1/2

PAR

Pierre DELAUTEL

Secrétaire de la Chambre de Commerce de Reims



Président : M. BARTIN.

Suffragants { MM. PILLET, *Professeur*.
TISSIER, —

REIMS

IMPRIMERIE ET LITHOGRAPHIE MATOT-BRAINE

Henri MATOT (1 84), Fils et Successeur

6, RUE DU CADRAN-SAINT-PIERRE, 6

—
1908

INTRODUCTION

La procédure et certaines règles de fond du divorce sont régies par la loi du 18 avril 1886, incorporée au Code civil sous les articles 234 à 252, et qui a modifié, tout en en laissant subsister certains articles, la loi du 27 juillet 1884 : celle-ci, votée à la hâte, avait eu pour but et pour effet de ressusciter le divorce admis primitivement par le Code civil et rayé de nos lois par la Restauration.

Une courte expérience de la loi de 1884 suffit à démontrer les inconvénients que comportait son exécution dans la pratique ; une nouvelle loi, destinée à y parer, fut mise aussitôt sur le métier, et fut promulguée deux ans plus tard, en 1886. Elle est surtout une loi de procédure, destinée à mettre l'institution à la portée de tous, mais à empêcher en même temps les abus qu'une procédure trop simple et des conditions de fond trop larges pourraient engendrer.

L'importance du rôle rempli par le Président du Tribunal civil dans la procédure du divorce nous a dé-

cidé à en faire le sujet de cette étude. D'autre part, la nature des pouvoirs qui lui sont confiés nous a paru mériter un examen attentif, en raison de l'intérêt que présentent les diverses difficultés auxquelles a donné lieu, dans la pratique, l'application des textes.

Certains de ces pouvoirs, en effet, sont absolument spéciaux, et sortent du cadre habituel des fonctions du Président. Il les exerce donc en vertu des stipulations expresses de la loi ; mais celle-ci n'a pas pu prévoir toutes les espèces qui se présenteraient, et, sur plusieurs points, elle est muette. Aussi est-il nécessaire de solutionner d'après les principes généraux du droit, ou d'après les indications données par les travaux parlementaires, ces difficultés que la pratique a révélées ; sur certaines d'entre elles, une jurisprudence plus ou moins abondante s'est établie, qu'il convient d'analyser.

Ce sont là autant de questions à examiner.

La loi de 1886, — c'est là sa principale innovation, — a confié au Président du Tribunal civil le soin de procéder à la tentative de conciliation, et ce, à la place du Juge de Paix, magistrat conciliateur de droit commun : or, cette tentative de conciliation, en la matière, est elle-même une anomalie.

Le divorce, en effet, est une question d'état, et, d'après les principes généraux du droit, les questions

d'état ne sont pas susceptibles de transaction. La conséquence en est qu'il n'existe pas, pour elles, en droit commun, de conciliation : car, pour se concilier, il faut pouvoir transiger ; aussi, les questions d'état sont-elles dispensées du préliminaire de conciliation. (Code Pr. Civile, Arg. Art. 48, combiné avec l'art. 1004.)

Pourquoi donc une tentative de conciliation est-elle prescrite par la loi de 1886 ? Il n'est pas possible de l'expliquer juridiquement. La tentative de conciliation existe parce que le législateur l'a voulu ainsi. Et s'il l'a voulu, c'est parce qu'elle lui a semblé utile, non au point de vue juridique, mais au point de vue social.

Le divorce a été défini un « mal nécessaire ». Il était conforme, néanmoins, aux principes républicains de l'admettre dans la législation française ; c'est là, du moins, ce qu'on a pensé en 1884. Mais, tout en l'autorisant, on a jugé qu'il était nécessaire, au point de vue social, d'édicter des mesures propres à en éviter le plus grand nombre possible. Il était logique, dans ces conditions, de prescrire, avant tout, une tentative de conciliation, et même de confier le soin d'y procéder à des magistrats d'un ordre supérieur au juge conciliateur du droit commun, aux Présidents des Tribunaux civils, dont l'autorité et l'expérience paraissaient de nature à en assurer le succès d'une façon plus efficace.

Le rôle du Président, sa présence même sont donc choses anormales ; et ce n'est pas là ce qui peut faciliter l'éclaircissement des problèmes qui se posent au sujet de cette intervention : car il est toujours très délicat et très difficile, en matière de droit strict, de raisonner par analogie, lorsque la loi est muette.

Nous croyons, après avoir étudié les différentes questions que la loi n'a pas prévues, qu'il était possible d'en trouver la solution, en analysant le caractère de l'intervention du Président dans les diverses phases de la procédure.

Cette analyse nous a conduit à penser que cette intervention peut, en quelque sorte, se décomposer : le rôle du Président n'est pas « un », et ce n'est pas en une seule qualité qu'il agit. Les pouvoirs qui lui sont confiés se rattachent, les uns à certaines fonctions que le Président tient d'autres dispositions de la loi, — du Code de Procédure lui-même, — les autres, à une fonction qu'il tient de la loi de 1886.

Tout d'abord, une partie des pouvoirs qui lui sont confiés, lui a été donnée à raison de sa qualité de Juge des Référés, c'est-à-dire comme juge des mesures provisoires et urgentes.

D'autres pouvoirs, le Président les exerce en sa qualité de Juge chargé de répondre les ordonnances sur requête ; ces pouvoirs se rattachent aux pouvoirs géné-

raux, illimités même (1), selon certains auteurs, conférés au Président, à cet égard, par le Code de Procédure civile.

Enfin, en troisième lieu, en vertu, cette fois, d'une disposition spéciale de la loi sur le divorce, le Président agit comme conciliateur, et ce, aux lieu et place du Juge de Paix, magistrat conciliateur de droit commun.

S'il l'on recherche, dans chaque occurrence, en laquelle de ces trois qualités agit le Président, l'étude des difficultés signalées se trouve singulièrement simplifiée et éclaircie. Il suffit, en effet, d'appliquer purement et simplement aux questions controversées, les principes généraux du droit, en chacune de ces matières, en matière de référé, en matière d'ordonnances sur requête, en matière de tentative de conciliation. Cette façon de procéder nous a paru susceptible, en tous cas, de donner des résultats très juridiques.

Nous allons donc chercher, au moyen de cette méthode, l'explication des points litigieux que présente, dans la procédure du divorce, l'intervention du Président du Tribunal civil.

Une observation et une explication s'imposent, toutefois avant que d'aller plus loin. Nous avons intentionnellement laissé de côté l'étude de la procédure

(1) Certains auteurs pensent, en effet, que la liste des ordonnances que la loi permet au Président de signer n'est pas limitative, et que, même dans des cas non expressément prévus par le Code, le Président peut répondre les requêtes qui lui sont présentées.

de séparation de corps, pensant que notre travail y gagnerait en clarté. Il serait résulté d'une étude parallèle de la procédure du divorce et de celle de la séparation de corps, un manque d'unité qui aurait pu nuire à sa compréhension.

Toutefois, — et c'est là où nous devons une explication, — nous n'avons pas hésité, en certains endroits, à nous servir, dans la discussion, de décisions rendues en matière de séparation de corps. Il ne faut pas oublier, en effet, que la plupart des règles posées par le Code, sont communes aux deux institutions, et que, sur bien des points, sur tous les points importants même, on peut raisonner par analogie de l'une à l'autre.

En résumé, les règles de fond sont les mêmes : et c'est pourquoi nous avons utilisé, pour le divorce, les décisions rendues en matière de séparation de corps. Néanmoins, des différences de détail séparent les deux procédures : c'est pourquoi nous n'en avons étudié qu'une seule. Celle du divorce nous a paru la plus intéressante, comme étant la plus complète ; la loi de 1886 est, en effet, consacrée tout entière, à la régler.

PREMIÈRE PARTIE

Pouvoirs généraux du Président du Tribunal civil en matière de divorce. — Caractère de son intervention.

I. — Première ordonnance

Historique. — Texte de la loi de 1886

Le premier acte de la procédure du divorce appelle l'intervention du président du Tribunal devant lequel la demande devra être portée.

Cette première phase de l'instance est réglée par les articles 234, 235 et 236 du code civil, lesquels sont ainsi conçus :

ART. 234. — L'époux qui veut former une demande en divorce présente, en personne, sa requête, au Président du Tribunal ou au juge qui en fait fonctions.

En cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son greffier, au domicile de l'époux demandeur. En cas d'interdiction légale, résultant d'une condamnation, la requête afin

de divorce ne peut être présentée que par le tuteur, sur la réquisition, ou avec l'autorisation de l'interdit.

ART. 235. — Le juge, après avoir entendu le demandeur, et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables, ordonne au bas de la requête, que les parties comparaitront devant lui au jour et à l'heure qu'il indique et commet un huissier pour notifier la citation.

ART. 236. — Le juge peut, par l'ordonnance permettant de citer, autoriser l'époux demandeur à résider séparément, en indiquant, s'il s'agit de la femme, le lieu, de la résidence provisoire.

Ces articles, dus au législateur de 1886, ont apporté, sur la remise de la requête quelques modifications à l'ancienne législation. Le Code civil, et, après lui, la loi de 1884, qui, sur ce point, avait fait revivre l'ancien texte, sans y rien changer, avaient réglé d'une façon un peu différente la présentation de la requête par le demandeur.

En cas de maladie, le demandeur n'est plus tenu de présenter des certificats de médecins constatant l'impossibilité où il se trouve de se rendre en personne au cabinet du Président ; et ce dernier est laissé juge de l'empêchement invoqué.

Il n'est plus nécessaire de lui présenter les pièces justificatives. De plus, son texte formel et précis

fixe un point sur lequel des divergences s'étaient produites : la requête doit être non seulement présentée, mais adressée au Président, et non au Tribunal comme on avait pu l'enseigner auparavant.

En ce qui concerne l'ordonnance, le Président n'a plus à rédiger de procès-verbal, ni à parafer la demande.

Enfin, la loi de 1886 apporte ici deux éléments nouveaux importants : elle permet au Président de prescrire, dès cette première ordonnance, certaines mesures provisoires. Elle l'autorise, en effet, à statuer sur la résidence de l'époux demandeur (Art. 236), et sur les mesures conservatoires, pour la garantie des droits des parties (Art. 242).

1^o Caractère de l'Intervention du Président

Ceci dit, nous devons étudier le caractère de l'intervention du Président dans cette première phase de la procédure, de façon à définir et à limiter nettement ses pouvoirs.

A. — Le Président fait acte de juridiction gracieuse et l'ordonnance n'est pas susceptible d'appel : il statue en dernier ressort.

Le Président statue comme Magistrat chargé de répondre les requêtes.

A. — Comparaison avec les autres actes de juridiction gracieuse

Le Président, ainsi que cela est expliqué plus haut, joue, suivant nous, trois rôles différents : il est, tour à

tour, magistrat conciliateur, et ce, aux lieu et place du Juge de Paix, en vertu, d'une disposition formelle de la loi ; juge des référés ; et enfin, magistrat chargé de répondre les ordonnances sur requête.

Lequel de ces trois rôles joue ici le Président ?

Agit-il comme juge des référés ? Nous ne le croyons pas : le référé suppose un débat contradictoire, ou du moins, un adversaire régulièrement cité à comparaître. D'autre part, le référé est une juridiction dont il n'est permis d'user que dans les cas urgents et pour faire ordonner des mesures essentiellement provisoires : ce n'est pas le cas. Une demande en divorce n'est pas, en principe, une chose urgente ; les mesures provisoires, seules, peuvent l'être ; d'autre part, l'objet de la demande, — un permis de citer, — n'a pas un caractère provisoire, comme, par exemple, la demande d'aliments, qui peut être modifiée dans la suite, en cours d'instance.

Est-ce donc comme magistrat conciliateur ? Nous ne le croyons pas non plus.

L'article 235 prescrit, il est vrai, au Président, de faire au demandeur « les observations qu'il croit convenables ». Cette mission annonce, en quelque sorte, le rôle de conciliateur que le Président aura à jouer lors de la deuxième comparution. Le législateur prescrit cette comparution personnelle, qui permet au Président de s'entretenir avec le demandeur, afin

de dédoubler, pour la rendre plus efficace, la tentative de conciliation, sur laquelle il compte pour détourner du divorce les époux qui sont susceptibles de revenir à la vie commune. C'est, pour ainsi dire, une conciliation à deux degrés, dit l'exposé des motifs de la proposition de loi de 1886.

Et, à vrai dire, lorsque le Président aura réussi à détourner du divorce un mari ou une femme, il aura joué, sans plus, le rôle de magistrat conciliateur. Mais ce cas, outre qu'il est malheureusement bien rare, dans la pratique, ne doit pas nous faire déterminer le rôle du Président ; puisque, dans ce cas, il ne rend pas d'ordonnance, et que, par conséquent, l'analyse de son rôle est sans intérêt.

Il faut examiner le cas où la demande en divorce se suit ; les observations ont été inutiles ; le demandeur persiste, et le Président rend son ordonnance : cette ordonnance constate-t-elle à proprement parler, une non-conciliation ? Nous ne le croyons pas ; et il serait prématuré et illogique de la qualifier ainsi, puisqu'en somme, rien n'est perdu, et qu'à la deuxième comparution, une conciliation peut encore se produire.

La vérité est que, lorsque les observations ont été inutiles, le rôle du Président se borne à répondre une ordonnance de fixation de jour ; elle sert, lorsque c'est la femme qui est demanderesse, à l'autoriser à former sa demande, en tant qu'incapable, semblable

en cela à l'ordonnance que rend le Président dans la procédure d'autorisation maritale ; elle sert, dans le cas où la demande est formée par le mari, qui, lui, en droit commun, n'a besoin d'aucune autorisation pour plaider, elle sert simplement à fixer le jour de la comparution.

Ainsi, le Président répond la requête afin de divorce, en fixant le jour de la conciliation, comme le juge chargé d'une enquête ou d'un interrogatoire sur faits et articles, répond la requête qui lui est présentée, en fixant et pour fixer la date de cette enquête ou de cet interrogatoire. C'est une formalité pure et simple : le plaideur, dans ces différents cas, fait, en quelque sorte, acte de déférence, en demandant au juge de lui donner son heure.

Le Président intervient donc ici comme magistrat chargé de répondre les requêtes.

De cette constatation, il faut conclure que le Président fait acte de juridiction gracieuse, en signant cette première ordonnance, les ordonnances sur requête étant considérées comme des actes de juridiction gracieuse.

Quelques mots sont nécessaires, ici, sur la définition et le caractère des actes de juridiction gracieuse.

L'affirmation que nous venons de produire, touchant les ordonnances sur requête, est loin, en effet, d'être partagée par tous les auteurs. Le criterium de

la distinction entre la juridiction gracieuse et la juridiction contentieuse, c'est la définition donnée de l'une et de l'autre, par le jurisconsulte romain ; cette distinction, on le voit, a toujours existé, et la caractéristique que donne de l'une et l'autre, le jurisconsulte Hemecius est toujours vraie :

« *Jurisdictio recte dividitur in voluntariam, quæ inter volentes, et sine cognitione causæ exercetur, et contentiosam, quæ inter invitos et litigantes cum cognitione causæ explicatur* ».

Cela étant, à laquelle de ces deux juridictions se rattache l'ordonnance sur requête ?

Les auteurs qui ont traité de la question se sont partagés : les uns veulent y voir un acte de pure juridiction gracieuse, inattaquable par la voie de l'appel ; les autres, tout en reconnaissant ce caractère à certaines ordonnances de pure forme, considèrent que d'autres ordonnances (rendues en matière de saisie-arrêt, d'envoi en possession) constituent de véritables décisions contentieuses.

Quoiqu'il en soit de cette discussion, dans laquelle nous n'avons du reste pas à entrer, il résulte suffisamment de ce que nous avons dit plus haut que la première ordonnance qui nous occupe, rentre sans aucun doute, dans la catégorie des ordonnances de pure forme, sur lesquelles tous les auteurs sont d'accord pour les considérer comme des actes de juridiction

gracieuse, ce qui justifie l'affirmation que nous émettions plus haut, à savoir que, la première ordonnance, est bien un acte de juridiction gracieuse, et nous permet d'appliquer à la matière qui nous occupe, la théorie émise par M. Garsonnet, sur cette question : « Cette juridiction, dit-il, suit certainement les règles de la procédure gracieuse, au seul point de vue qui offre un intérêt pratique, celui des voies de recours » (1).

C'est là, en effet, où nous voulons en venir : la première ordonnance, en vertu des règles propres à la procédure gracieuse, n'est susceptible d'aucun recours.

Là encore, toutefois, l'accord des auteurs et de la jurisprudence est loin d'être unanime. Sans entrer dans le détail des arguments donnés de part et d'autre, disons qu'un très grand nombre d'auteurs voient dans les ordonnances sur requête des actes appartenant à la procédure gracieuse, des actes de simple administration ou de tutelle judiciaire, et, partant, inattaquables (2).

D'autres, se refusant à une classification absolue, distinguent les ordonnances de pure forme, auxquelles ils ne refusent pas le caractère gracieux et l'impossibilité de tout recours, et les ordonnances,

(1) GARSONNET, 2^e édit., t. VIII, 2959.

(2) BERTIN. — *Ordonnances sur requête*, n^os 16 et suiv. — BAZOT. — *Ordonnances sur requête et ordonnances de référé*, p. 11.

qui, à raison des conséquences qu'elles peuvent avoir à l'égard des tiers, constituent de véritables décisions contentieuses (1).

Et quel est, dans ce cas, le recours possible ? Les Cours d'appel inclinent à penser que la voie de l'appel est ouverte à la partie lésée. La Cour de cassation semble ne vouloir admettre que la voie de l'opposition ; selon elle, et par ce moyen de l'opposition, l'ordonnance doit revenir en référé devant le magistrat qui l'a rendue ; un débat contradictoire est alors ouvert, et la décision rendue, cette fois, *cognita causa* est susceptible d'appel.

Une troisième théorie, récemment soutenue par M. Garsonnet, s'est fait jour (2). Nous ne pouvons la passer sous silence, non seulement parce qu'elle est la solution la plus élégante et surtout la plus juridique de la question, mais aussi parce qu'elle est la plus pratique, et qu'à ce titre, nous aurons à y revenir plus loin.

M. Garsonnet considère les ordonnances comme des actes de juridiction gracieuse inattaquables ; cependant, comme il est impossible de méconnaître que certaines d'entre elles peuvent avoir de graves conséquences vis-à-vis des tiers, M. Garsonnet admet que ces dernières ordonnances peuvent être rappor-

(1) CAZALENS. — Notes publiées au *Recueil de Dalloz* (75-2-73, 105 et 137).

(2) GARSONNET, 1^{re} édit., t. VII, § 1458.

tées sur la demande des parties lésées, et ce, par le Tribunal de première instance, ou, en cas d'urgence, par le Président statuant en référé (1).

De la sorte, au point de vue théorique, l'ordonnance sur requête conserve son caractère purement gracieux. Au point de vue pratique, la solution est également excellente ; les tiers lésés ont la possibilité de faire rapporter l'ordonnance, et cela, au besoin, d'une façon rapide. Quant au demandeur, ses intérêts sont aussi bien protégés, puisque, à la différence de ce qui se passerait, en cas d'appel, où les mesures provisoires ordonnées seraient paralysées, cette solution permet aux mesures provisoires de conserver leur effet jusqu'à la décision, rendue *cognita causa*. Telle est la théorie de M. Garsonnet.

Or, en ce qui concerne notre première ordonnance le doute est-il possible ? Evidemment non.

Quel que soit le système que l'on adopte, des trois que nous venons d'exposer, il est impossible d'hésiter sur la nature de notre ordonnance. Elle est évidemment de celles que, même les partisans de l'opposition ou de l'appel, rangent parmi les décisions inattaquables. C'est un acte d'administration qui ne préjudicie à personne. Il ne serait pas exact, évidemment, de dire qu'elle est rendue, conformément

(1) GARSONNET. — Cass. Req. 1^{er} février 1861 (Dalloz, 61-1-430).

à la définition donnée plus haut *inter volentes* : il y a un défendeur forcément, c'est l'autre époux : ce qu'il faut dire, c'est que la mesure ne lui préjudicie pas.

(Quant à l'autre condition posée par la définition latine susvisée, pour les actes gracieux, elle est remplie : la décision est rendue *sine cognitione causæ*).

On ne peut dire, en effet, qu'une invitation en conciliation soit une mesure préjudiciable, pas plus que ne l'est l'ordonnance qui fixe le jour d'un interrogatoire ou d'une enquête.

Elle est donc essentiellement gracieuse, et, par conséquent, non susceptible d'appel. Et c'est là la première conséquence qu'il faut en tirer, les pouvoirs du Président, relativement à cette ordonnance, sont en dernier ressort.

B. — *Etude du texte de la loi et des travaux parlementaires*

Cette conclusion, à laquelle nous conduit la thèse soutenue jusqu'ici, — à savoir que le Président statue, en l'espèce, comme magistrat chargé de répondre les requêtes, — se trouve, du reste, confirmée par l'étude des textes et par la jurisprudence.

Voyons d'abord les textes.

L'article 238 dit nettement que la deuxième ordonnance est susceptible d'appel. Les auteurs de la loi, en permettant l'appel, n'ont fait, comme nous

essayerons de le démontrer plus loin, qu'appliquer à cette ordonnance une règle de droit commun : et cependant, ils ont senti la nécessité de le rappeler, pour qu'aucun doute ne fût possible à cet égard. Cette intention du législateur résulte nettement des paroles de M. Labiche, rapporteur au Sénat de la loi de 1886 : « Il n'est pas inutile, dit-il, de rappeler le droit commun dans cette loi ». (Séance du 7 décembre 1885.)

Or, ce qu'ils ont fait dans cet article 238, les auteurs de la loi se sont bien gardés de le faire dans l'article 235. Ce n'est pas un oubli, car la rédaction de l'article 238 montre que l'attention de la Commission a été appelée sur cette question de l'appel, et qu'elle a reconnu l'utilité qu'il y avait à mentionner sa possibilité pour la deuxième ordonnance.

Du reste, ces mots « Cette ordonnance »... de l'article 238, indiquent nettement l'opposition que l'on entendait faire entre les deux ordonnances. Et, à cet égard, le rapport de M. Labiche est également concluant ; M. Labiche explique, sous l'article 5 de la proposition de loi, élaborée par la Commission, que celle-ci a cru devoir autoriser le Président à prendre un certain nombre de mesures par la deuxième ordonnance. Et, afin d'expliquer pourquoi la Commission a cru pouvoir donner au Président des pouvoirs assez étendus, il dit :

« Il faut remarquer que nous sommes ici en pré-

sence de la deuxième ordonnance, c'est-à-dire le demandeur étant présent et le défendeur toujours appelé : *ajoutons que cette deuxième ordonnance est sujette à appel* » (1).

C'est clair, et la distinction, quoique tacite, est très nette, entre la première et la seconde ordonnance. Il résulte donc, *a contrario*, de la disposition de l'article 238, que la première ordonnance est rendue en dernier ressort.

C. — *Etude de la Jurisprudence*

La jurisprudence a confirmé cette théorie par de nombreux arrêts, dont il nous suffira de donner les dates. (Cass. 19 février 1861, (D. 61-1-431), Paris. 22 février 1861 (D. 62-2-90), Poitiers, 20 juillet 1878 (D. 79-2-75), Paris, 1^{er} mai 1894 (D. 95-2-222). A cette liste, il faudrait encore ajouter toutes les décisions, antérieures pour un très grand nombre à la loi de 1886, qui, tout en proclamant la possibilité de l'appel, pour les ordonnances rendues en vertu de l'article 878 du Code de Procédure civile ou de l'article 238, laissent entendre dans leurs motifs, et par opposition, qu'il en est différemment pour l'ordonnance rendue en vertu de l'article 876 du Code de procédure ou 235 du Code civil.

Un arrêt, cependant, jette une note discordante au

(1) Documents parlementaires. Sénat, 1885, page 296; annexes 299.

milieu de cet ensemble : c'est un arrêt de la Cour d'Alger, rendu le 2 février 1885 (1).

Cet arrêt, que nous retrouverons plus loin, relativement à une autre question, dit en propres termes :

« Attendu que le Président, en rendant cette ordonnance (la première), fait acte de juridiction contentieuse, et, par suite, que l'appel est valable en la forme. »

L'ordonnance dont l'appel avait été soumis à la Cour d'Alger refusait à une dame, demanderesse en divorce, de donner commission rogatoire au Président d'un autre Tribunal pour recevoir de ladite demanderesse, qui prétendait ne pouvoir se déplacer, la requête introductive.

Cette ordonnance ayant été frappée d'appel, la Cour d'Alger rendit un arrêt confirmatif sur le fond ; et il faisait précéder cette décision de motifs déclarant l'appel recevable en la forme.

On ne voit pas bien les motifs qui ont pu inspirer cette décision.

Dès avant la loi de 1886, en effet, la jurisprudence, ainsi que nous l'avons dit plus haut, avait nettement fait le départ entre la deuxième ordonnance, qu'elle déclarait susceptible d'appel, et la première, pour laquelle cette voie de recours était unanimement refusée.

(1) Alger, 2 février 1885 (P. 86-1-982).

Et, tout d'abord, nous ne pensons pas qu'en qualifiant cette ordonnance « acte de juridiction contentieuse », l'arrêt justifie sa décision. En admettant que cela soit, et, par conséquent, qu'un recours soit possible, ce n'est pas, en tous cas, la voie de l'appel qui aurait dû être suivie, d'après la jurisprudence de la Cour Suprême, mais la voie de l'opposition.

Il est vrai que, dans l'espèce, c'est la demanderesse elle-même qui a refusé d'accepter la décision rendue à son encontre. Est-ce donc, pour cela, que la Cour a vu, dans cette décision, un acte de juridiction contentieuse ? La Cour d'Alger a-t-elle cru que, parce que le Président refusait à la demanderesse une mesure qu'elle sollicitait, il avait, par cela même, jugé, rendu une sentence ?

Nous ne le croyons pas ; car une décision gracieuse par sa nature, ne devient pas contentieuse par la seule raison qu'elle est refusée : les pouvoirs du juge, en la matière, sont absolus, et sans appel. Dans les cas seulement où, par son refus de signer une ordonnance, le Juge entrave une procédure, et commet par là un excès de pouvoirs, un recours est possible, — et c'est le seul, — la prise à partie. C'est de jurisprudence constante, et tous les auteurs sont d'accord là-dessus (1).

(1) DEBELLEYME. — Tome I, p. 86. — BAZOT, p. 46. — GARSONNET, t. VII, § 1456.

Remarquons, du reste, que, dans l'espèce, la mesure sollicitée était, comme nous le verrons plus loin, contraire à la loi.

L'arrêt dit encore : « Attendu que la requête adressée au Président du tribunal, en matière de divorce, constitue le premier acte d'une procédure. »

Nous ne voyons pas bien, là encore, en admettant l'exactitude de cette théorie, comment et pourquoi l'ordonnance rendue au pied de la requête serait, pour ce motif, un acte contentieux.

Mais il y a mieux : cette théorie, elle-même, est en contradiction complète avec les principes généralement admis sur cette matière, et elle nous paraît fort critiquable.

Deux opinions, sur cette question, sont en présence ; la plus généralement soutenue, voit, dans l'assignation qui suit la tentative de conciliation, le premier acte de l'instance. Une autre opinion, appuyée, elle aussi, par de nombreux arrêts (1) place le début de l'instance à la citation en conciliation. Enfin, une troisième théorie a été émise ; d'après elle, la requête expositive constitue bien le premier acte de la procédure. (Cass. 8 décembre 1880 (D. 81-1-260). Mais l'arrêt ajoute « du moment où l'époux défendeur en est touché ». La requête expositive

(1) Cass., 1^{er} juin 1891 (S. et P. 92-1-129). — Paris, 5 août 1886 (D. 87-2-117), etc.

n'a donc pouvoir de fixer le début de l'instance, même dans cette dernière opinion, que par une sorte de rétroactivité par rapport à un événement ultérieur, qui est la citation en conciliation. Or, il n'en est pas ainsi dans l'espèce qui nous occupe.

La théorie de la Cour d'Alger se trouve donc combattue par toutes les décisions rendues en la matière. Et il y a lieu, croyons-nous, de repousser l'idée émise par elle, qui ferait de notre première ordonnance, un acte de juridiction contentieuse.

**B. — Le Président ne peut se refuser à signer
la première ordonnance**

Comment pourrait-elle, du reste, être contentieuse, puisque le Président ne peut se refuser à la signer ?

C'est là, en effet, la seconde conclusion que nous voulons tirer de la thèse soutenue jusqu'ici. La première ordonnance est un acte gracieux, mais un acte gracieux, rentrant dans la catégorie de ceux que le Juge ne peut se refuser de signer, sans commettre un excès de pouvoirs. C'est, comme nous l'avons dit, une mesure d'instruction pure et simple : le Président ne peut donc répondre par un non-lieu à la requête qui lui est présentée.

Si le Président refusait de signer l'ordonnance, la procédure, à peine commencée, s'arrêterait là, et le demandeur ne pourrait aller plus loin. Il faudrait

donc, pour qu'il pût le faire, qu'il soit, aux termes de la loi, juge de l'opportunité et du bien-fondé de la demande. Or, cela n'est pas.

A. — *Examen de la Doctrine*

La question n'a pour ainsi dire jamais été l'objet d'aucune discussion. Les auteurs qui en ont traité ont considéré cette nécessité pour le Président, comme un principe indiscutable, qu'ils se sont contentés d'énoncer sans même chercher à l'expliquer (1).

B. — *Examen de la Jurisprudence*

Dans la jurisprudence, un seul arrêt se rencontre sur cette question (2).

Encore l'arrêt visé se borne-t-il à constater, sans l'expliquer, cette obligation du Président ; il déclare que les termes de la loi sont impératifs, et que le Président ne peut, pour aucun motif, se soustraire au devoir qu'ils lui imposent.

Il s'agissait d'une dame qui s'était vu refuser, par le Président du Tribunal de Condom, le permis de citer qu'elle sollicitait, sous prétexte qu'une instance en séparation précédemment introduite par elle, et basée sur les mêmes motifs, avait été repoussée par le Tribunal ; le Président du tribunal de Condom

(1) GARSONNET. — Tome VII, § 1456.

(2) Agen, 8 décembre 1885 (*Rec. arrêts d'Agen*, 85-234).

avait déclaré la demanderesse non-recevable en sa demande, quant à présent, sans fixer, du reste, aucun délai.

La Cour déclare donc qu'un tel ajournement, qui, s'il était répété, aboutirait à un déni de justice, en permettant à un magistrat unique d'entraver l'exercice d'un droit qui appartient à tout le monde, celui de s'adresser, quand on le veut, à la justice, était illégal.

C. — *Examen du texte de la Loi*

L'examen du texte de la loi, ne laisse, lui non plus, aucun doute sur ce point. Sans mentionner spécialement cette obligation, et la possibilité de s'y dérober, l'article 235 dicte au Président les mesures qu'il a à prendre, dans des termes qui ne permettent pas de penser qu'il puisse faire autrement, et qui laissent entendre, ce que nous disions dès le début, que le Président, en signant cette requête, remplit une pure formalité.

Voilà donc deux points acquis : le Président ne peut pas refuser de répondre l'ordonnance sans commettre un excès de pouvoirs. Et, d'autre part, l'ordonnance portant permis de citer, n'est susceptible d'aucun recours ; les pouvoirs du Président, à cet égard, sont sans appel.

2° Enumération des pouvoirs du Président

Voyons maintenant quels pouvoirs la loi accorde au Président pour cette ordonnance.

A. — Cas où le demandeur est dans l'impossibilité de comparaître

Et, tout d'abord, que peut faire le Président, lorsque le demandeur est dans l'impossibilité de se présenter devant lui ?

Deux cas sont à examiner : le demandeur habite l'arrondissement du Tribunal où la demande doit être portée : ou bien, il réside dans un autre arrondissement.

PREMIER CAS. — *Le demandeur habite dans l'arrondissement*

1^{er} Cas. Examinons, d'abord, la première de ces deux éventualités. La question ne présente aucune difficulté.

L'article 234, paragraphe 2, stipule, en effet, qu'en cas d'empêchement dûment constaté, le magistrat se transporte, assisté de son-greffier, au domicile de l'époux demandeur. Pas de doute, donc, à cet égard, puisque la loi a prévu le cas, et a pris soin de le régler.

Les termes de l'article susvisé sont impératifs ; ils constituent donc pour le Président une obligation

à laquelle il ne peut se dérober. S'il le faisait, ce serait, de sa part, un véritable déni de justice, contre lequel il semble que le recours tout indiqué soit la prise à partie (1).

A défaut d'indications de la loi, il convient, en effet, de rechercher lequel des différents recours possibles donne la solution la plus pratique. Or, on ne voit pas bien, à ce point de vue, ce que produirait l'appel d'une ordonnance par laquelle le Président aurait refusé de se transporter à domicile. Il ne serait pas plus profitable, d'autre part, de demander au Président lui-même, de rapporter son ordonnance.

Un seul point est à préciser, c'est la nature de l'empêchement qui peut motiver le déplacement du magistrat.

L'ancien article 236 ne prévoyait qu'un empêchement possible : la maladie. Il prescrivait, alors, au Président de se transporter au domicile de l'époux demandeur « sur sa réquisition, et le certificat de deux docteurs en médecine ou chirurgie, ou de deux officiers de santé. »

L'article 234, modifié par la loi de 1886, est moins précis. « En cas d'empêchement dûment constaté », dit cet article.

Il faut en conclure, tout d'abord, que le Président peut considérer comme tel, non seulement la maladie

(1) VRAYE et GODE. — Tome I, p. 192.

de l'intéressé, mais aussi toute autre cause d'empêchement (le grand âge, par exemple, qui est, du reste, une sorte de maladie), ensuite, qu'il est seul et souverain juge de l'excuse et des moyens de la constater (1). Il pourrait donc se contenter — en cas de maladie, par exemple, — d'un seul certificat, ou même de la simple affirmation de la partie ou de son avoué.

Là encore, pour le cas où le Président refuserait de se déplacer, en prétextant que l'empêchement n'est pas suffisant, nous croyons que le seul recours possible serait la prise à partie. Il convient d'ajouter qu'il ne semble pas que le cas se soit jamais présenté ; les annales judiciaires ne contiennent la trace d'aucune difficulté sur ce point.

DEUXIÈME CAS. — *Le demandeur habite hors l'arrondissement du Tribunal*

2^{me} Cas. Le demandeur habite en dehors de l'arrondissement où siège le Tribunal compétent, et il ne peut se déplacer.

Cette éventualité est beaucoup plus complexe, et la question a fait l'objet de vives controverses. Les auteurs et la jurisprudence se sont divisés sur la

(1) M. Baudry-Lacantinerie ajoute : « Le séjour à l'étranger ne pourrait pas être excuse suffisante pour dispenser le demandeur de se présenter ». Cela paraît fort juste ; mais on ne voit pas bien la portée de cette observation ; car, si le demandeur est à l'étranger, il est bien évident que le Président ne peut se déranger pour aller l'entendre : le cas est bien différent.

question de savoir si le Président pouvait donner commission rogatoire au Président du tribunal siégeant au lieu de résidence du demandeur.

Il est de règle, en effet, qu'un magistrat ne peut exercer ses fonctions en dehors de l'arrondissement du Tribunal dont il fait partie. Comment fera donc l'époux, demandeur en divorce, résidant en dehors de l'arrondissement où se trouve le domicile conjugal, et que la maladie empêche de voyager ?

Certains auteurs, avant la loi de 1886, avaient prétendu que la solution tout indiquée de cette difficulté consistait à donner au Président du tribunal compétent le pouvoir de commettre rogatoirement, sur le vu d'une requête, le Président du tribunal du domicile du demandeur. Ce magistrat, après avoir fait à l'époux, les observations prescrites par la loi, aurait dressé procès-verbal de cette comparution, et l'aurait renvoyé au Président du tribunal compétent ; et celui-ci, sur le vu dudit procès-verbal, aurait autorisé les poursuites.

Mais ce n'était là qu'une opinion d'auteurs, que la jurisprudence n'avait pas consacrée. Cette solution, outre que théoriquement elle n'était pas expressément prévue par la loi, avait, au point de vue pratique, un grave inconvénient : c'était son inutilité.

Si, en effet, les tribunaux se sont quelquefois autorisés à combler des lacunes de la loi, dans un but

utilitaire, et en justifiant leurs décisions par l'intérêt qu'il y a à faciliter aux citoyens l'exercice de la justice, rien ne pourrait excuser le Tribunal qui, sans cet intérêt pratique, irait contre les termes de la loi.

C'était le cas. L'ancien article 248 exigeait, en effet, la présence du demandeur à toutes les phases de la procédure devant le Tribunal saisi : c'est ce qu'a fort bien déclaré l'arrêt d'Alger critiqué d'autre part (1).

A quoi bon, dans ces conditions, autoriser une semblable mesure, puisqu'il fallait, en tous cas, dans la suite, que le demandeur se dérangeât, pour comparaître « en personne à chaque acte de la cause » (2).

La loi de 1886 n'a pas tranché la difficulté d'une façon absolument nette ; les articles 234 à 236, qui règlent la première comparution, n'en disent pas un mot.

De ce silence de la loi, certains auteurs ont conclu que l'opinion qui tend à considérer la commission rogatoire comme possible, pouvait encore se soutenir. qu'en tous cas, le doute était toujours possible, MM. Vraye et Gode, notamment, estiment qu'à raison de l'utilité de cette pratique et des services qu'elle peut rendre, les Présidents saisis de semblables demandes, doivent y accéder, et que cette manière

(1) Arrêt de la Cour d'Alger, 2 février 1885 (S. 1886-2-181).

(2) Ancien article 248 du Code civil.

de procéder est régulière (1). M. Planiol, dans un article de revue, où il critique l'arrêt de la Cour d'Alger, pense, lui aussi, que la Commission rogatoire est possible, pour l'audition du demandeur, lors de la première comparution (2).

Faut-il admettre cette thèse, et considérer comme possible cette procédure de commission rogatoire ?

Son utilité n'est pas discutable ; les services qu'elle rendrait seraient grands, c'est certain ; l'article 248, remanié par la loi de 1886, n'exige plus la présence du demandeur pendant la durée du procès. Si donc, on admettait cette solution, le demandeur pourrait ne se déplacer qu'une fois, pour la tentative de conciliation ; nous verrons, en effet, que le demandeur ne peut se dispenser d'y assister et de se rendre pour cela, auprès du Président compétent. Il est loisible, d'autre part, aux époux de ne pas assister ni aux plaidoiries, ni même aux enquête et contre-enquête. Ce serait donc une grosse facilité donnée à l'époux demandeur, résidant dans un pays éloigné du domicile conjugal.

La pratique nous a permis de constater que le refus opposé par un Président de procéder par voie de commission rogatoire, amenait souvent des époux désireux de demander le divorce, à y renoncer. Le

(1) VRAYE et CODE. — Tome I, p. 195.

(2) *Revue Critique*, 1887, p. 693.

cas le plus fréquent est, à cet égard, celui des plaideurs pauvres. L'assistance judiciaire permet bien de plaider sans débours, mais non de voyager gratuitement sur les chemins de fer ; et il arrive souvent que le prix d'un billet de chemin de fer est, pour une femme abandonnée de son mari, chargée de famille, une dépense impossible à engager, surtout si l'on considère que, pour la procédure en divorce, du moins, sinon pour la procédure de séparation de corps, le voyage doit être fait deux fois.

Il est vrai qu'à cela, les adversaires du divorce répondront qu'il n'est point besoin de favoriser les divorces, qu'il n'y en a que trop en France, et que la progression constante de leur nombre constitue un sérieux danger social.

Sans discuter cette thèse, qui est fort soutenable, du reste, et tout en admettant que bien des gens divorcent qui, avec un peu de bonne volonté, pourraient ne pas le faire, nous pensons que, dans bien des cas, cependant, le divorce est utile : utile pour permettre à telle femme de se soustraire aux violences de son mari, de mettre à l'abri ses biens ou les fruits de son travail et d'élever en paix ses enfants ; utile à tel mari, pour lui permettre de se séparer d'une femme qui le trahit et déshonore son nom par sa conduite ; utile à tous ceux qui ne peuvent vivre ensemble, et que la foi religieuse ne retient pas, pour

leur permettre de chercher dans une autre union le bonheur que le mariage ne leur a pas donné.

Il est donc certain que la commission rogatoire serait utile, et nous estimons, pour notre part, qu'il serait à souhaiter qu'une disposition précise de la loi en autorisât la pratique.

Mais, de ce que cette procédure serait utile, faut-il conclure, dans l'état actuel des textes, qu'elle est licite ?

Cela, nous ne le croyons pas, malgré les opinions autorisées émises dans ce sens, et citées plus haut.

« Il faut tenir pour certain, dit M. Depeiges, que le demandeur ne peut déposer sa requête en divorce, s'il ne se trouve pas, au moins sur le territoire de l'arrondissement du Tribunal, afin que le magistrat puisse se transporter auprès de lui » (1).

Nous pensons, nous aussi, qu'il faut s'en tenir là, et que les termes du Code civil ne permettent pas d'aller plus loin.

On pouvait, en effet, avant la loi de 1886, penser à la rigueur que, si le législateur n'avait pas autorisé la commission rogatoire, c'était de sa part, un pur oubli, et l'on pouvait soutenir qu'il était au pouvoir des Tribunaux d'y remédier.

Depuis 1886, il ne semble plus possible de raison-

(1) DEPEIGES, n° 58. — Dans le même sens, M. Baudry-Lacantinerie.

ner ainsi. Il n'est pas possible de dire que le législateur a fait, en ce qui concerne cette procédure, une simple omission.

La faculté donnée par l'article 238 au Président saisi d'une demande en divorce, de donner commission rogatoire à l'un de ses collègues, pour l'audition du défendeur en conciliation, montre bien que les auteurs de cette loi ont pensé à la commission rogatoire ; l'idée leur est fort bien venue à l'esprit qu'elle pouvait être utile, et ils en ont permis l'usage pour la tentative de conciliation, en le restreignant du reste, à la personne du défendeur. Seulement, ils ne l'ont pas étendu à la première comparution. Leur intention est donc bien certaine. Les auteurs de la loi ont permis la commission rogatoire *a parte rei* pour la conciliation, et cela, en vue de permettre à l'époux attaqué de faire entendre ses explications même si un empêchement le retient chez lui. C'est une sorte de faveur qu'on lui accorde, à raison de sa qualité de défendeur, à un moment où les torts qui lui sont reprochés n'ont pas encore été prouvés. Cette facilité n'est pas donnée au demandeur, ni pour la première comparution, ni pour la seconde : c'est que les auteurs de la loi l'ont voulu ainsi.

C'est une entrave, dira-t-on, au libre exercice de l'action en divorce. Mais on peut se demander si ce n'est pas là précisément ce qu'a voulu la loi.

C'est, du moins, ce qu'a pensé le Tribunal civil d'Hanoï, dans un jugement récent et fortement motivé, dont nous ne pouvons mieux faire, pour terminer l'étude de cette question, que de citer les motifs (1).

« Attendu que, sans faire l'objet d'une disposition particulière, cette dernière nullité (nullité de l'ordonnance donnant commission rogatoire pour l'audition du demandeur résidant hors de l'arrondissement du Tribunal compétent), n'en est pas moins certaine, l'ordre public étant ici essentiellement intéressé, puisque, ainsi qu'il a été dit dans les débats parlementaires : « Si le divorce est un remède quelquefois nécessaire, la société a, néanmoins, intérêt à la réconciliation et à l'indissolubilité du mariage » (2), — et que, par suite, toute entrave apportée au divorce par le législateur est bien voulue par lui, et considérée comme utile au bien général, et rentre dans ses vues. » (3).

B. — Pouvoir du Président de déléguer un autre Juge à sa place

Un autre point doit être examiné, avant de passer à la comparution même.

(1) Tribunal civil d'Hanoï, 25 octobre 1904.

(2) Cf. Rapport au Sénat. Doc. parl. Sénat, 1885, p. 297, § V *in fine*.

(3) Dans le même sens, Rouen, 19 juillet 1905 (Palais, 1906-2-45).

Le Président peut-il déléguer un juge pour le remplacer dans l'exercice de cette fonction que lui confère la loi sur le divorce ?

La loi a prévu le cas : l'article 234 stipule, en effet, que la requête doit être remise au Président ou au juge qui en fait fonctions.

La délégation, qui doit être spéciale, et non générale, d'après MM. Vraye et Gode (1) est donc légale.

Mais les termes de la loi, « au juge qui en fait fonctions » indiquent que cette substitution ne peut avoir lieu, en vertu des règles générales de la magistrature, qu'en cas d'empêchement du Président, c'est-à-dire dans le cas par exemple, où le Président serait absent ou en congé régulier : — les magistrats ne devant pas se soustraire, en principe, sans motifs valables, aux devoirs de leurs fonctions.

L'ordonnance rendue par un juge devra donc mentionner qu'il en est ainsi en raison de l'empêchement du Président à le faire lui-même.

La jurisprudence s'est prononcée dans ce sens (2).

C. — Observation à faire au Demandeur

L'article 235 stipule : « Le juge, après avoir entendu le demandeur et lui avoir fait les observations qu'il croit convenables.... »

(1) VRAYE et GODE. — Tome I, n° 189.

(2) Cass. Belge, 6 janvier 1881 (PASIER, 81-149). Tribunal de Bruxelles, 26 mars 1881 (id., 81-3-184). — Caen, 10 janvier 1893 (Dal., 93-2-113).

Le juge doit donc entendre le demandeur en personne, et il doit bien entendu, mentionner cette comparaison dans son procès-verbal. Il doit également faire au demandeur les observations qu'il croit convenables.

Que faut-il entendre par là ? Peut-on déduire de cette disposition que le Président, s'il estime « convenable » de ne présenter aucune observation, peut se dispenser d'en faire ?

Il a été généralement décidé que le Président ne pouvait pas éviter de faire des observations au demandeur. Il est juge du caractère de ces observations ; il peut, d'après la nature de l'affaire et des griefs énoncés en la requête, d'après la personnalité de l'époux comparant, décider lui-même s'il doit insister ou non : mais il doit présenter des observations.

Il ne faudrait pas inférer des termes de la loi, disent MM. Vraye et Gode, « que le Président est libre d'adresser des observations ou de ne pas en faire. Ce que la loi laisse à son appréciation, ce n'est pas de savoir s'il est utile de présenter des observations, c'est seulement la nature et le choix des observations à faire » (1).

M. Baudry-Lacantinerie, qui cite ce passage, partage l'avis de ses auteurs.

(1) VRAYE et GODE. — Tome I, 203.

La jurisprudence a consacré cette opinion. (Limoges, 14 mars 1894 (S. et P. 97-2-49) — Grenoble, 14 mai 1889 (Journal des arrêts de Grenoble 89-280). Toutefois, ces mêmes arrêts ont décidé que, de la seule mention dans l'ordonnance « Vu la requête et les motifs y énoncés », et de la mention constatant que le demandeur a comparu en personne, résulte la présomption que les observations ont été présentées, et que tout s'est passé comme le prescrit la loi.

Il nous semble également qu'il y a lieu de s'arrêter à cette opinion, laquelle ne semble pas, du reste, avoir fait jamais l'objet de contestations sérieuses.

D. — Mesures provisoires

Toutes ces formalités ayant été observées, le Président rend son ordonnance, en autorisant le demandeur à poursuivre, si celui-ci, après les observations reçues, déclare maintenir sa demande. Nous avons vu, en effet, qu'il ne pouvait refuser le permis de citer.

La loi permet encore, d'une façon expresse, au Président, de prendre à l'égard des époux en instance, deux mesures d'ordre provisoire. L'article 236 lui permet de statuer sur la résidence séparée des époux. L'article 242 l'autorise à édicter, en faveur de l'époux qui les requiert, les mesures conservatoires nécessaires à la préservation de ses droits (notamment

l'apposition des scellés sur les biens de la communauté).

APPENDICE

La nature et la portée de ces mesures feront l'objet d'un chapitre spécial, où il en sera traité. Il nous faut, cependant, étudier, ici, le caractère et l'étendue des pouvoirs du juge, en ce qui les concerne.

Là encore, il ne sera pas inutile de rechercher en quelle qualité le Président agit à l'égard de ces mesures. Est-ce comme magistrat conciliateur, comme Juge des Référés, ou comme juge chargé de répondre les requêtes ?

A vrai dire, son pouvoir en la matière, le Président le tient avant tout de la loi : mais ce pouvoir, précisément, à raison de laquelle de ces trois fonctions, la loi le lui a-t-elle conféré ?

Ce n'est certainement pas comme juge conciliateur que le Président agit : rien ne permet de le supposer.

Est-ce comme Juge des Référés ? Nous ne le pensons pas non plus. Avant la loi de 1886, cependant, c'était en cette qualité que le Président, qui, en principe, ne pouvait prescrire une résidence aux époux, pouvait statuer sur cette question ; la jurisprudence avait admis qu'un référé était possible, même avant

l'introduction de l'instance. Mais ce précédent ne doit pas entraîner la solution de la question, puisque la loi de 1886 a pris soin de fixer un point qui ne l'était pas, et qu'elle a modifié la procédure à cet égard.

Une condition manque, en effet, pour que l'on puisse voir là une ordonnance de référé ; c'est que le défendeur n'est pas appelé, et que le Président statue sans l'avoir entendu.

Nous pensons donc que là encore, le Président statue comme magistrat chargé des requêtes, comme précédemment, et qu'il fait acte de juridiction gracieuse. La forme de l'ordonnance permet de le penser ainsi. Ce qui en fait le fond nous pousse aussi à le croire.

Le Président peut ordonner l'apposition des scellés : c'est là une mesure purement conservatoire, qui ne porte préjudice à personne, et on ne voit pas ce que l'époux défendeur pourrait dire, pour s'opposer à une telle mesure.

Il peut également statuer sur la résidence : on ne voit pas bien en quoi l'exercice de ce pouvoir nuirait à l'un des époux, pourvu que le Président reste dans la limite de ses droits.

Là encore, il semble bien que nous nous trouvions en face d'un acte de juridiction gracieuse.

L'intérêt de la question, de même que précédemment, réside dans le point de savoir si une voie de

recours est possible contre cette sentence du juge statuant sur la résidence et l'apposition des scellés et laquelle.

Dans le silence de la loi, il convient de rechercher une solution, qui, tout en étant juridique, présente des avantages pratiques.

Au point de vue juridique, si l'on admet la théorie soutenue plus haut, et que nous croyons juste, l'ordonnance statuant sur la résidence et les scellés est un acte de juridiction gracieuse, partant non susceptible de recours.

Mais cette solution est-elle satisfaisante, au point de vue pratique ? N'y a-t-il point des cas où l'ordonnance, lésant des intérêts légitimes, devrait pouvoir être rapportée ? Ces cas seront rares. Si le Président reste dans la limite de ses fonctions, son ordonnance ne peut et ne doit être préjudiciable à personne. Mais il pourrait arriver qu'il les dépasse ; il pourrait arriver, par exemple, que le Président assigne au mari une résidence déterminée, ou bien que, pour maintenir la femme demanderesse au domicile conjugal, il ordonne l'expulsion du mari. Il est certain qu'il y aurait là des excès de pouvoirs, auxquels il serait bon de pouvoir parer.

Sera-ce donc la voie de l'appel qui devra être suivie ? Juridiquement, ce n'est pas possible.

Pratiquement, cela serait sans intérêt.

En admettant, en effet, que l'appel soit possible, et que l'époux lésé, sur la question de résidence, y ait recours, il n'en resterait pas moins qu'en ce qui concerne le permis de citer, l'ordonnance recevrait son exécution, l'appel n'étant certainement pas possible de ce chef.

Huit jours après, quinze jours au plus tard, par conséquent, une seconde ordonnance serait rendue, — ordonnance constatant la non conciliation, — et rien n'empêcherait alors le Président de confirmer, dans celle-ci, la mesure frappée d'appel. Or, cette seconde ordonnance, est exécutoire par provision. L'expulsion qui aurait été prescrite, pourrait donc fort bien, malgré l'appel interjeté sur la première ordonnance, recevoir son exécution.

Laissons l'appel de côté, puisque, juridiquement, impossible, il ne rendrait aucun service et ne serait d'aucune utilité.

La solution la plus juridique et la plus pratique en même temps de cette question, est donnée par M. Garsonnet. Cette théorie a été exposée plus haut sommairement (1). M. Garsonnet estime qu'il est préférable, plutôt que d'en appeler, de faire rapporter l'ordonnance incriminée. Dans son esprit, le Président doit statuer, sur la résidence sous la réserve

(1) Voir page 16.

tacite ou formelle qu'en cas de difficultés, il lui en sera référé. La plupart des Tribunaux, imitant ce qui se passe depuis longtemps au Tribunal de la Seine, procèdent de cette façon en matière de saisie-arrêt, lorsque des créanciers dépourvus de titres réguliers, leur demandent l'autorisation de pratiquer une opposition sur des sommes dues à leur débiteur. Les Présidents, qui, bien souvent, dans ce cas, statuent sans savoir exactement si le bon droit appartient au demandeur, atténuent ainsi la portée de l'arme qu'ils donnent au créancier contre son débiteur : ils donnent à ce dernier la possibilité de se défendre en temps utile et rapidement, et lui ouvrent la voie à un débat contradictoire susceptible de les éclairer.

Il devrait en être de même en matière de divorce.

Le défendeur lésé par l'ordonnance aurait ainsi la possibilité de provoquer presque immédiatement un débat contradictoire, qui permettrait au juge de statuer en connaissance de cause (1).

Ainsi que nous le disions plus haut, cette théorie est très juridique ; elle laisse subsister le caractère gracieux de la première ordonnance.

Et, au point de vue pratique, les facilités données au plaideur sont appréciables. Mais, dira-t-on, c'est

(1) Opinion partagée par M. Carpentier, t. II n° 56.

toujours le Président qui statue ? Que ce soit par son ordonnance, ou, en cas de difficulté, en référé, c'est toujours lui qui est juge et seul juge, sans contrôle, de la question. C'est là un pouvoir excessif.

Dans les termes actuels de la loi, ce pouvoir n'est pas excessif. Ainsi qu'il est dit plus haut, en effet, le Président, par la seconde ordonnance, statue sur la résidence ; cette ordonnance est susceptible d'appel, c'est vrai ; mais elle est exécutoire par provision. Il faut donc bien admettre que la loi a voulu qu'en cette matière, le Président jouisse de pouvoirs étendus. Il est bien entendu, au surplus, que l'ordonnance ainsi rendue sur référé, serait susceptible d'appel.

Nous nous rallions donc, pour notre part, à cette théorie.

3° L'énumération des pouvoirs du Président est-elle limitative ?

Tels sont les pouvoirs du Président, à l'occasion de la première ordonnance, et qui lui sont formellement donnés par la loi.

Peut-il s'en attribuer d'autres, en dehors de ceux qui sont spécifiés par le Code civil ?

La question est à la fois générale, et spéciale, et peut être envisagée sous ces deux aspects.

Au point de vue général, c'est-à-dire en matière de divorce comme en tout autre matière, on s'est de-

mandé si le Juge pouvait, à la demande des parties, rendre des ordonnances sur des sujets et dans ces cas non prévus par la loi. La doctrine et la jurisprudence se sont partagées sur cette question, la première estimant que le droit pour les plaideurs, d'user des ordonnances sur requête était illimité ; la seconde étant d'avis contraire.

Au point de vue spécial de la procédure du divorce, la question se pose également de savoir si l'on doit considérer comme limitatifs les termes des articles 235 et suivants, ou si on peut considérer que les pouvoirs qu'ils confèrent au Président sont susceptibles d'extension.

Même si l'on admet, à un point de vue général, le principe de la liberté du magistrat, en matière d'ordonnance sur requêtes, il serait peut-être dangereux d'étendre ce principe à la procédure qui nous occupe. Nous sommes, au point de vue des pouvoirs du Président, en matière d'exception. Les pouvoirs qui lui sont conférés ont un caractère tout à fait spécial, et la loi de 1886, par sa rédaction même, par la rédaction différente des articles 236 et 238, semble avoir voulu prévoir tous les cas susceptibles de se présenter pour les régler. Elle conduit pour ainsi dire, pas à pas, le Président et les parties dans les diverses phases de la procédure qu'elle institue.

Nous inclinons donc à penser que ce serait aller à

l'encontre des intentions du législateur que de croire que le Président peut prendre à l'égard des époux plaidant en divorce, des mesures autres que celles que la loi de 1886 a prévues et autorisées.

II. — Deuxième Ordonnance

1° Détermination du Caractère des Pouvoirs du Président en ce qui concerne la Tentative de conciliation et le permis de citer.

2° En ce qui concerne les mesures provisoires

Il convient, avant d'étudier les pouvoirs conférés au Président relativement à cette seconde ordonnance, d'étudier, ainsi, que pour la première, la nature de ces pouvoirs, et d'examiner en quelle qualité le magistrat agit.

Voici tout d'abord le texte de l'article 238 qui en donne l'énumération :

ART. 238. — Au jour indiqué, le juge entend les parties en personne ; si l'une d'elles se trouve dans l'impossibilité de se rendre auprès du juge, ce magistrat détermine le lieu où sera tentée la conciliation, ou donne commission rogatoire pour entendre le défendeur ; en cas de non-conciliation ou de défaut, il rend une ordonnance qui constate la non-conciliation ou le défaut et autorise le demandeur à assigner devant le Tribunal.

Le juge statue à nouveau, s'il y a lieu, sur la résidence de l'époux demandeur, sur la garde provisoire des enfants, sur la remise des effets personnels ; et il a la faculté de statuer également, s'il y a lieu, sur la demande d'aliments.

Cette ordonnance est exécutoire par provision ; elle est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de procédure civile.

Par le fait de cette ordonnance, la femme est autorisée à faire toutes procédures pour la conservation de ses droits, et à ester en justice jusqu'à la fin de l'instance et des opérations qui en sont les suites.

Lorsque le Tribunal est saisi, les mesures provisoires prescrites par le juge peuvent être modifiées ou complétées au cours de l'instance, par jugement du tribunal, sans préjudice du droit qu'a toujours le juge de statuer, en tout état de cause, en référé, sur la résidence de la femme.

Le juge, suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires.

L'époux demandeur en divorce devra user de la permission de citer qui lui a été accordée par l'ordonnance du président, dans un délai de vingt jours à partir de cette ordonnance.

Faute par l'époux demandeur d'avoir usé de cette

permission dans ledit délai, les mesures provisoires ordonnées à son profit, cesseront de plein droit.

Cette seconde ordonnance vise à deux buts distincts : 1^o Constater, en présence des parties, la conciliation ou la non-conciliation, et, en l'absence du défendeur, le défaut et la non-conciliation, puis autoriser dans le cas de non-conciliation, le demandeur à poursuivre ; — 2^o Prescrire les mesures provisoires (résidence, remise des effets personnels, garde des enfants... etc.).

Ce sont là des mesures d'ordre très différent ; le pouvoirs donnés au Président de statuer sur ces différentes mesures sont aussi, croyons-nous, de nature différente ; il ne sera donc pas inutile d'en définir, dès maintenant la nature. La détermination du caractère de chacun d'eux servira à nous guider dans l'étude de leur étendue.

Voyons d'abord la tentative de conciliation. Là, le Président agit comme magistrat conciliateur : son rôle est nettement défini par la loi de 1884, dont il est une des innovations. Le Président du Tribunal civil procède à la tentative de conciliation aux lieu et place du Juge de paix, qui est chargé de cette mission dans les instances de droit commun. Les raisons de cette particularité ont été données plus haut ; il n'y a donc pas à y revenir. Par conséquent, c'est comme magistrat conciliateur, en vertu de la loi de 1884, qui

lui confère ce rôle exceptionnellement en matière de divorce, que le Président s'acquitte de la première formalité prescrite : constatation de l'accord ou du désaccord des parties.

Là, encore, il doit faire aux époux des observations, leur dire ce qu'il croit capable d'amener une réconciliation ; mais ce sont là les devoirs que la loi lui impose, et nous avons à étudier les pouvoirs qu'elle lui donne.

Lors donc qu'en cas de désaccord, le Président a donné au demandeur la permission d'assigner, il peut, sur la requête des parties, ou d'office, prendre un certain nombre de mesures énumérées dans l'article 238, qui tendent à régler notamment le sort des enfants et celui des biens communs, pendant la durée de l'instance, ou, du moins, jusqu'au moment où le Tribunal sera saisi.

Là, le Président a le pouvoir, ainsi que nous le verrons plus loin, de prononcer de véritables condamnations, et d'édicter des mesures qui, toutes provisoires qu'elles sont, n'en sont pas moins susceptibles de préjudicier à l'une ou l'autre des parties : aussi, ces mesures peuvent-elles faire devant lui l'objet d'un véritable débat ; aussi, n'est-il autorisé à les prendre qu'après avoir entendu contradictoirement les parties en personne, ou tout au moins dûment appelées. Il statue donc en connaissance de cause, libre d'adop-

ter, d'après les conseils de sa seule conscience, telle ou telle des conclusions qui sont développées devant lui.

Ce n'est évidemment plus comme conciliateur qu'il agit maintenant : le magistrat conciliateur ne rend pas de sentences, et son intervention est d'ordre gracieux. Ce n'est pas non plus comme magistrat chargé de répondre les requêtes ; nous ne sommes plus à la première ordonnance, où les pouvoirs restreints du juge laissent à sa décision un caractère également gracieux.

Non, ici, la décision rendue est contentieuse ; la loi, nous le verrons aussi, la déclare sujette à appel. C'est donc évidemment comme juge des référés que le Président agit maintenant, et le caractère provisoire des mesures qu'il prescrit s'accorde bien avec cette idée. Aucun de ses pouvoirs en somme, n'est exorbitant du droit commun. Et on admettrait très bien même si l'article 238 était absent du Code, qu'au début d'une instance en divorce, le Président pût prendre, sans qu'un texte de loi spécial l'y autorisât, une partie des mesures que ledit article énumère, précisant ainsi, mais sans rien créer, cette fois, le rôle du Juge des Référéés en la matière.

On peut en conclure immédiatement qu'il n'y a pas lieu de considérer comme limitative l'énumération de ces pouvoirs, et qu'un Président pourrait parfai-

tement, à notre avis, prendre en la matière, toute autre mesure qui lui serait demandée, à la condition toutefois qu'il reste dans les attributions du Juge des référés, c'est-à-dire, à condition qu'il ne statue que « provisoirement », sur des questions « urgentes ».

Les autres conséquences à tirer de ce double rôle, lors de la tentative de conciliation, apparaîtront au fur et à mesure : il en est une, cependant, qu'il faut formuler de suite. C'est que, si la deuxième partie de l'ordonnance rendue (mesures provisoires) est susceptible d'appel, la première ne l'est pas.

Pour les mesures provisoires, en effet, le doute n'est pas possible ; la décision prise à leur égard est vraiment contentieuse ; de plus, l'article 238, paragraphe 3, est formel : l'appel est permis.

Pour l'autorisation de citer, conséquence de la non-conciliation, il n'en est pas de même, croyons-nous.

L'article 238 dit, en effet, alinéa 3 : « Cette ordonnance est exécutoire par provision : elle est susceptible d'appel dans les délais..... ».

Il semble donc que les doutes qui existaient avant la loi de 1886 sur la possibilité et la portée des voies de recours, à l'égard de cette ordonnance, se soient dissipés. On se demandait autrefois si cette ordonnance était susceptible de recours, et l'opinion qui prévalait, dans le silence de la loi, était que le recours était possible contre les parties de l'ordonnance qui avaient

un caractère contentieux, ou avaient donné lieu à un véritable débat. On discutait, en outre, sur la nature de ce recours.

Aujourd'hui, ce dernier point est fixé ; le recours, c'est l'appel devant la Cour, conformément à la procédure établie pour les ordonnances de référé. Mais la distinction ancienne doit être maintenue sur un point à notre avis. Ne doivent pas être susceptibles de recours les parties de l'ordonnance qui ont un caractère absolument gracieux, et n'ont pu faire l'objet d'aucune discussion.

Il en est ainsi de l'autorisation de citer, et ce serait à tort, malgré les termes généraux de l'article 238, qui déclare « cette ordonnance susceptible d'appel » que l'on considérerait cette autorisation comme susceptible d'un recours (1).

Les termes de la loi, de même que pour la première ordonnance, indiquent bien que le législateur n'a pas entendu faire juge le Président de l'opportunité de la demande : « Au cas de non-conciliation, il rend une ordonnance » Il ne pourrait faire autrement.

La jurisprudence a consacré cette obligation (2).

(1) A part, bien entendu, le cas où le Président, en la refusant, commettrait un excès de pouvoir.

(2) Paris, 26 mai 1869 (D. 69-2-247), et plus récemment Montpellier, 31 octobre 1905 (D. 1906-2-280).

Le Président, dit la plus récente des décisions rendues, ne peut refuser l'autorisation de citer, pour les motifs que les griefs allégués sont imaginaires, et que l'esprit du demandeur paraît sans équilibre. Il ne peut appartenir au Président, par un refus d'autorisation, de supprimer l'exercice d'un droit que les parties puissent dans la loi, et de se faire juge d'une action qui ne lui est pas soumise.

L'ordonnance en tout ce qui touche le permis de citer, est donc un acte de juridiction gracieuse. Le Président agit là, en effet, comme magistrat conciliateur, et la mesure qu'il prescrit, ne peut faire l'objet d'aucune discussion, puisque, même si le défendeur s'oppose à la demande, le Président, si le demandeur lui, y persiste, ne peut lui refuser l'autorisation de la former. Elle est donc gracieuse, et, de même que la première, elle est de celles qui ne constituent qu'une formalité, en quelque sorte, et que le Président ne peut refuser sans entraver l'exercice d'une action dont le tribunal doit être seul juge.

Comment une telle ordonnance, ou, du moins, comment cette partie de l'ordonnance pourrait-elle donc être susceptible de recours ?

Il faut la considérer comme définitive, même si le reste de l'ordonnance est frappé d'appel.

Pratiquement du reste, l'appel serait sans intérêt, l'ordonnance étant exécutoire par provision ; le de-

mandeur pourrait donc former sa demande, et la Cour, statuant dans la suite, ne pourrait que confirmer l'ordonnance ainsi rendue et la procédure entamée en vertu de cette dernière.

Telle est la conséquence originale de cette dualité de fonction du Président lors de la tentative de conciliation.

2^e Enumération des Pouvoirs du Président

Voyons maintenant quels sont les pouvoirs conférés par la loi au Président, à l'occasion de la seconde ordonnance.

Une remarque s'impose, avant tout, qui aurait pu avoir sa place dans le chapitre précédent, relatif à la première ordonnance. Le Président est libre de fixer, pour la tentative de conciliation, le lieu qu'il juge convenable. Nous verrons plus loin qu'il peut même décider qu'elle aura lieu en dehors de son ressort, en donnant commission rogatoire : mais c'est là une particularité que nous aurons à étudier de plus près.

Dans son arrondissement même, le Président peut fixer tel lieu qui lui convient : la loi lui laisse toute latitude à cet égard. Pratiquement, la tentative de conciliation a lieu dans le cabinet du magistrat.

Une fois les parties en présence, trois cas peuvent se présenter. Ou bien le défendeur fait défaut, ou bien il

comparaît ; dans ce dernier cas, la conciliation se produit, ou au contraire la tentative échoue.

A. — PREMIER CAS. — **Défaut du Défendeur**

Le premier cas ne comporte plus de difficultés depuis l'application de la loi de 1886 ; l'article 238 stipule qu'en cas de défaut du défendeur, le Président rend une ordonnance constatant la non-conciliation ou « le défaut », et autorise etc... »

En cas de défaut donc (1), le Président ne peut que le constater et renvoyer le demandeur à se pourvoir. Tout ce qu'il peut faire dans ce cas, comme dans le cas de non-conciliation, pour gagner du temps et tenter une nouvelle épreuve, où, cette fois les deux époux seraient présents, c'est d'ajourner les parties à vingt jours (article 238, § 6) — Il n'a certainement plus, comme autrefois, le pouvoir, le devoir même, disaient certains, de fixer la comparution à une date ultérieure en cas d'absence non justifiée d'une des parties. Les termes de l'article sont évidemment impératifs pour le magistrat conciliateur. Nous retrouvons là notre distinction : le Président agit, à ce moment, comme conciliateur ; il n'est pas juge.

En ce qui concerne les autres mesures à prendre, en cas de défaut, les pouvoirs du Président sont les

(1) Que ce soit le défaut du demandeur ou du défendeur. — CARPENTIER, t. II, n° 60.

mêmes que dans le troisième cas (non-conciliation après comparution des parties) que nous étudions plus bas.

B. — DEUXIÈME CAS. — Conciliation

Les parties comparaissent et se concilient. Ce cas ne comporte pas de difficultés. La loi ne prescrit pas au Président de dresser acte de cette conciliation. Il semble donc qu'il n'ait qu'à constater la chose..., et à s'en féliciter. Son rôle se termine là.

C. — TROISIÈME CAS. — Non-Conciliation

Les parties comparaissent et ne se concilient pas.

Dans ce dernier cas, le Président ne peut que donner au demandeur le permis de citer qu'il sollicite ; nous avons étudié ce point plus haut, et il n'y a pas à revenir sur le caractère obligatoire de cette mesure pour le Président. Il doit tôt ou tard délivrer son autorisation.

A. — Faculté d'ajournement

Nous disons « tôt ou tard », car la loi lui laisse pour cela, un délai ; mais, le délai écoulé, l'autorisation doit être délivrée.

Le paragraphe 6 du long article 238 dit, en effet :

Le Juge, « suivant les circonstances, avant d'autoriser le demandeur à citer, peut ajourner les parties à

un délai qui n'excède pas vingt jours, sauf à ordonner les mesures provisoires nécessaires. »

Cette disposition est empruntée à l'ancien droit ; l'ancien article 240 donnait au Tribunal le pouvoir de suspendre pendant vingt jours l'autorisation de citer. Dans la pratique, ce droit d'ajournement était exercé par le Président, auquel certaines décisions reconnaissaient même le pouvoir de l'exercer, sans limiter le délai dont il pouvait user. (Paris, 15 juillet 1844, D. 49-2-45).

L'article 238 nouveau, lui confère ce droit d'une façon formelle. Le Président pourra donc en user dans tous les cas, même dans les cas où il semble que toute tentative de rapprochement soit vaine, en cas de condamnation à une peine afflictive et infamante, par exemple. La loi, en effet, même dans ce cas, prescrit la tentative de conciliation ; il faut donc laisser au magistrat la possibilité d'utiliser tous les moyens qu'il croit propres à y parvenir.

La lecture des explications données par M. Léon Renault au Sénat sur la nature de ce délai de vingt jours (1), pourrait laisser croire qu'il s'agit là simplement d'un délai imparti par le Président au demandeur, et pendant lequel celui-ci ne pourrait user du permis qui lui aurait été délivré séance tenante.

(1) Séance du 10 décembre 1885 (*Journal Officiel*. Débats parlementaires, 1885, p. 1279).

Il n'en est rien ; notre paragraphe doit être compris autrement. Le rapport de M. Labiche au Sénat, est formel à cet égard, et son opinion doit prévaloir. « A l'expiration de ce délai de vingt jours, dit ce rapport (1), les parties devront comparaître à nouveau devant lui (le Président). »

Au bout de vingt jours donc, les parties comparaitront à nouveau, et, cette fois, le Président devra donner le permis de citer, ses pouvoirs n'allant pas jusqu'à lui permettre d'impartir aux époux un plus long délai, ou un nouveau délai de même durée.

Un arrêt de la Cour de Rouen, du 18 mars 1905 (2), a jugé cependant le contraire. Cet arrêt semble critiquable sous bien des rapports, et quelques mots à ce sujet sont nécessaires.

Le Président du Tribunal du Havre, saisi d'une demande en divorce, avait rendu, le jour de la tentative de conciliation, une ordonnance fixant une nouvelle comparution, qui ne devait avoir lieu que quatre mois plus tard, sous prétexte, qu'en raison de l'état de grossesse de la femme, la conciliation ne pouvait être utilement tentée.

La Cour de Rouen, saisie par la voie de l'appel, déclara tout d'abord que celui-ci était irrecevable, en raison du caractère gracieux de l'ordonnance rendue,

(1) Documents parlementaires. — Sénat, 1885. Session ordinaire, p. 298 (sous l'article 5).

(2) Rouen, 18 mars 1905 (Dal. 06-2-220).

ajoutant, du reste, que le président n'avait pas contrevenu à l'article 238 § 6 du Code civil ; que l'affaire ne rentrait pas dans les cas prévus par le § 6 ; que le Président avait usé des pouvoirs donnés par le § 1, qui en cas de maladie, lui auraient permis de fixer la date de la comparution « à un autre jour et dans un autre lieu » ; que, d'ailleurs le renvoi à une date ultérieure avait été accepté par l'un et l'autre époux.

Cet arrêt paraît bien singulièrement motivé. Les époux étaient d'accord, dit-il, pour reculer la tentative de conciliation. Mais que vaut un accord comme celui-ci en matière de divorce, question d'état ? Et surtout, que vaut l'accord émanant d'une femme que l'ordonnance elle-même reconnaît hors d'état à raison de sa grossesse de discuter froidement de ses facultés ?

Il n'y a pas eu tentative de conciliation, dit encore l'arrêt ; l'ordonnance a simplement reporté la date de la conciliation, toutes choses restant entières. Il faut cependant admettre que les époux ne devaient pas être disposés à se réconcilier ; il n'y aurait pas eu besoin, s'il en avait été ainsi, de maintenir la demande, et de « reporter la conciliation ». Le juge en ce faisant, constate donc implicitement l'état de désaccord des époux. Or, en pareil cas, il ne pouvait que délivrer le permis de citer, ou ajourner à vingt jours. Il se trouvait en quelque sorte, malgré lui, et quoiqu'en dise l'arrêt, dans le cas du § 6 de l'article 238.

Enfin, et ceci est certes le plus étrange ; l'arrêt mentionne le droit conféré au Président par l'article 238 § 1, de renvoyer la conciliation, en cas de maladie, à un autre jour et dans un autre lieu. — L'arrêt complète la loi de sa propre autorité. Le paragraphe 1 prévoit, pour le Président, la possibilité de fixer la tentative de conciliation dans un autre lieu que dans son cabinet, siège habituel des comparutions ; le jour peut s'en trouver modifié, mais seulement dans le cas où la comparution dans un autre lieu est nécessaire. La disposition est donc évidemment restrictive, et on ne voit pas vraiment comment on pourrait en inférer que ce paragraphe 1 donne au Président le pouvoir de remettre à une date ultérieure la tentative de conciliation.

On se demande, du reste, pourquoi la Cour a cru devoir justifier par ces mauvaises raisons la décision du Président du Havre. Son rôle était bien plus simple : il eût pu se borner au dernier attendu de l'arrêt, qui, celui-là, est irréfutable et inattaquable. L'ordonnance attaquée, dit-il, est un acte de juridiction gracieuse, et l'appel, par conséquent, n'en est pas recevable. Ceci est parfaitement exact, et conforme à la thèse que nous avons soutenue jusqu'ici.

Il n'en est pas moins vrai, toutefois, que le Président avait commis un excès de pouvoirs, en ajournant ainsi la tentative de conciliation, et que, « de ce fait », l'appel

était possible. S'il avait été interjeté sur ce motif, et non sur les motifs du fond, la Cour n'aurait pu le déclarer irrecevable. Il est vrai aussi qu'elle eût débouté quand même l'appelante pour tous les motifs rappelés plus haut, puisque telle était son idée.

En ce qui nous concerne, ces motifs ne nous semblent justifier en aucune façon la décision prise, et nous estimons que l'ajournement à un délai dépassant vingt jours, quels que soient les motifs donnés, malgré l'accord constaté des parties sur le renvoi, constitue un excès de pouvoir.

B — *Commission Rogatoire*

L'article 238 confère formellement au Président le pouvoir de donner commission rogatoire à un magistrat d'un autre ressort, pour l'audition du défendeur, qui aurait justifié d'une impossibilité à se représenter au lieu fixé pour la tentative de conciliation. Ainsi qu'il a été dit plus haut, le Président est juge de l'excuse qui lui est fournie à cet égard. Cela résulte des termes généraux de la loi.

Mais, d'autre part, la commission rogatoire ne peut être donnée que pour l'audition du demandeur. La loi est logique avec elle-même. Les articles 234 et 235 qui règlent la première comparution exigent, en effet, ainsi qu'il a été vu plus haut, la présence du demandeur non pas comme sous l'ancien droit, pour tous les

actes de la cause, mais pour le début de l'instance ; il est donc logique d'exiger qu'il soit là également pour la tentative de conciliation.

Cependant, pour être logique avec elle-même, la loi ne l'est peut-être pas tout à fait, au point de vue absolu. Le défendeur pouvant être entendu par commission rogatoire, il arrive, lorsque le cas se présente, que les époux ne sont pas réunis pour la tentative de conciliation devant le même magistrat. Ils reçoivent, de deux magistrats différents, chacun de leur côté, des observations qui ne peuvent avoir grande portée, ni grand résultat. La loi admet cependant qu'une tentative de conciliation ainsi conduite est suffisante. Pourquoi, dans ces conditions, ne pas admettre, dans certains cas qui seraient exceptionnels, bien entendu, la possibilité de la commission rogatoire pour l'audition du demandeur ?

Dans les termes de la loi, il peut se faire que la tentative de conciliation se passe ainsi ; pour que cela ne puisse pas être, il faudrait admettre que les deux parties soient obligés de se rendre là où est fixée la tentative de conciliation, même en cas de commission rogatoire en dehors de l'arrondissement compétent ; et ce, en vertu du texte de l'article 238, § I, aux termes duquel le Président « détermine le lieu où sera tenté la conciliation » ; c'est ce qu'a pensé la Cour de Bayonne (1),

(1) Bayonne, 7 août 1894 (*La Loi*, 18 novembre 1894).

qui va même jusqu'à décider qu'en vertu de cette disposition, la commission rogatoire peut être donnée pour l'audition du demandeur.

Sur ce dernier point, l'opinion de la Cour est certainement erronée ; les termes de l'article 238, évidemment restrictifs, ne permettent pas de le penser, et la majorité des auteurs est de cet avis (1).

Nous ne pensons pas, non plus, que l'arrêt visé ait eu raison de décider que le Président pouvait fixer à sa volonté, en dehors de l'arrondissement, le lieu de la tentative de conciliation.

La loi sur le divorce, faut-il le rappeler, est, notamment en ce qui concerne la procédure de la conciliation une loi d'exception. Il nous paraît bien dangereux de vouloir en tirer, par analogie, des règles qui n'y sont pas inscrites. Ses dispositions sont de droit étroit, et doivent être interprétées à la lettre.

Il semble donc bien que l'article 238 § 1, veuille dire que, dans son ressort, le Président peut fixer où bon lui semble, le lieu de la conciliation ; qu'il ne peut la fixer en dehors de l'arrondissement, mais seulement donner commission rogatoire, en cas d'empêchement du défendeur, pour l'audition de celui-ci (2). La loi parle même de l'« impossibilité » de se rendre auprès du juge, d'où il faut conclure que le défendeur devra jus-

(1) COULON. — Tome IV, p. 428. — CARPENTIER. — Tome II, n° 60.

(2) Dans ce sens, CARPENTIER, t. II, n° 60.

tifier, pour obtenir l'ordonnance donnant commission rogatoire, d'une impossibilité de fait de se déplacer.

Enfin, nous pensons qu'en cas de commission rogatoire au dehors de l'arrondissement, on ne saurait exiger du demandeur, qui, lui, réside forcément dans l'arrondissement du tribunal compétent, qu'il se rende au lieu où est donnée la commission rogatoire.

C. — *Pouvoir du Président de statuer sur sa compétence*

Enfin, il nous faut examiner une importante question, qui a donné lieu à de vives controverses. C'est celle de savoir quels sont exactement les pouvoirs du Président, lors de la tentative de conciliation, au point de vue de la détermination du tribunal compétent, lorsqu'une difficulté s'élève sur ce point.

La question est très touffue ; elle est compliquée, notamment par la difficulté qui consiste à décider à quel moment, et par quel acte la procédure doit être considérée comme commencée, et par la question de savoir si le défendeur doit soulever dès la deuxième comparution l'exception d'incompétence.

Hâtons-nous de dire que la discussion de ces points ne sera pas reprise ici, et qu'après avoir admis, en ce qui les concerne, l'opinion la plus répandue, nous nous attacherons à rester dans les limites de notre sujet, en étudiant uniquement la portée et l'étendue des pouvoirs du Président en la matière.

Disons tout d'abord en deux mots, que la jurisprudence considère généralement la citation en conciliation comme le point de départ de l'instance; elle admet en conséquence, que l'exception de compétence *ratione personarum* ou *loci*, doit être soulevée par le défendeur qui entend user de ce moyen, devant le Président du tribunal, lors de la tentative de conciliation.

La question étant ainsi posée, quels seront les pouvoirs du Président, devant une exception d'incompétence ainsi soulevée. Va-t-il pouvoir s'en rendre juge et résoudre la question ? Doit-on, au contraire, penser qu'il n'a pas le pouvoir de le faire ?

Beaucoup d'encre a déjà coulé sur cette question, qui a motivé un certain nombre d'arrêts, et des discussions d'auteurs, sans que la Cour de cassation ait jamais eu à trancher la difficulté ?

Les deux premiers arrêts rendus sur cette matière, depuis la loi de 1886, et sur les attendus desquels ont porté une partie des discussions des auteurs, sont ceux de Lyon, du 17 mars 1891, et de Grenoble, du 2 mai 1891 (1).

Ce dernier, dont nous exposerons tout d'abord les motifs, estime que le Président peut et doit statuer sur sa propre compétence ; il admet, bien entendu, au

(1) Lyon, 17 mars 1891 (S. 92-2-1). — Grenoble, 2 mai 1891 (D. 92-2-561).

préalable, que l'exception doit être soulevée lors de la comparution par le défendeur.

Un certain nombre d'auteurs, le plus grand nombre même, se sont rangés de cet avis.

Il serait inadmissible, disent-ils en substance, que le Président ne pût pas régler, avant que l'affaire aille plus loin, la question de compétence. Il pourrait arriver en effet, qu'étant incompetent, il prit des mesures dont certaines, toutes provisoires qu'elles sont, sont susceptibles d'avoir des conséquences graves ; pension, garde des enfants, etc... (1).

M. Bertin apporte une autre raison en faveur de cette thèse. Il n'est pas admissible, dit-il, que le Président, « tout en déclarant ne pouvoir statuer sur la question de compétence, constate le refus de conciliation et prescrive les mesures provisoires, c'est-à-dire, fasse tout ce qu'il pourrait faire, s'il se déclarait compétent » (2).

La même théorie semble soutenue par un arrêt de la Cour de Paris, qui déclare incidemment que le Président doit statuer, quand elle a été soulevée devant lui, sur l'exception d'incompétence, « à peine de nullité » (3).

(1) CARPENTIER. — Tome I, n° 218 ; t. II, n° 67. — VRAYE et GODE, N. 547. — COULON. — Tome IV, p. 266.

(2) BERTIN. — Ord. sur req. et sur réf., t. I, n° 636.

(3) Paris, 5 février 1881 (D. 90-2-358).

Et la Cour de Grenoble conclut en déclarant que le défendeur qui, ayant soulevé l'exception devant le Président n'a pas interjeté appel contre l'ordonnance qui statuait sur ladite exception, et lui a laissé acquérir la force de chose jugée, est irrecevable à la soulever ensuite devant le tribunal ; ce qui, du reste, est logique dans ce système.

Il semble bien, au premier examen que tout cela se tienne ; si l'on admet que la comparution marque le début de l'instance, et que, par conséquent, l'exception doive être soulevée à ce moment, n'est-il pas naturel de penser que le Président, devant lequel, en somme, s'ouvre un débat contradictoire, doive être juge de la question, et que sa décision ne puisse plus ensuite faire l'objet d'un débat devant le tribunal ?

Enfin, il faut mentionner l'opinion de M. Baudry-Lacantinerie, qui, pour les mêmes motifs, adopte la même théorie (1). Il estime de plus, et insiste sur ce point, que cette solution est la plus pratique, puisqu'elle permet de trancher immédiatement la difficulté.

La théorie contraire, cependant, a été soutenue par la Cour de Lyon (2) puis par la Cour de Nîmes (3). Elles ont jugé que la loi de 1886 n'avait pas donné au Président le pouvoir de statuer sur sa compétence, et qu'il

(1) BAUDRY-LACANTINERIE. — Divorce, 53.

(2) Arrêt précité.

(3) Nîmes, 16 février 1892 (S. 92-2-39)

devait se borner à donner acte de l'exception soulevée devant lui, après avoir constaté la non-conciliation et statué sur les mesures provisoires.

Le Tribunal de la Seine, qui, lui, est allé plus loin, en déclarant qu'il n'était point nécessaire de soulever l'exception devant le président, fait entendre dans les attendus de son jugement le même son de cloche (1).

Enfin, Monsieur Appleton, tout en partageant en principe cette manière de voir, estime toutefois que le Président ne doit pas constater la non-conciliation et donner le permis de citer, mais se contenter seulement de prescrire les mesures provisoires urgentes (2).

Nous avouons nous rallier à ce dernier système.

Toujours par application de la même méthode, nous allons chercher à expliquer cette théorie, et à la justifier juridiquement, en recherchant quels peuvent être exactement les pouvoirs du Président en la matière, d'après le rôle qu'il y joue et la qualité en vertu de laquelle il agit.

Nous avons démontré que le Président, en ce qui concerne la conciliation et le permis de citer, agissait comme magistrat conciliateur, en vertu des pouvoirs conférés spécialement par la loi de 1886, et qu'en ce qui concerne les mesures provisoires, il agissait en sa qualité de juge des référés.

(1) Tribunal de la Seine, 27 déc. 1890 (*Le Droit*, 20 janvier 1891), cité par Baudry.

(2) APPLETON. — *Note sous l'arrêt de Lyon précité* (S. 92-2-1).

Ceci dit, voyons tout d'abord, si les motifs donnés à l'appui du premier système exposé, ne sont pas susceptibles d'être réfutés.

Un grave inconvénient, dit-on d'abord, va résulter, si le Président ne peut statuer sur sa compétence, de ce qu'un magistrat incompétent puisse prendre des mesures (les mesures provisoires) qui sont, en somme, très importantes, et que le magistrat compétent aurait peut-être prises plus équitablement.

Cet inconvénient est-il si grave ? Il n'apparaît guère qu'en pratique, le fait, pour un magistrat, d'être compétent ou non, puisse influencer d'une façon grave la nature des mesures qu'il ordonne, et l'on ne voit pas pourquoi les mesures prises par lui le seraient plus mal que par un autre : il est évident que sous ce rapport un Président en vaut un autre.

Et, juridiquement, la chose est-elle irrégulière ? Non, car (et, ici, notre distinction va nous servir) le Président prend les mesures provisoires comme juge des référés. Or, en matière de référés, (la question a été tranchée par un certain nombre de décisions se rapportant ou non à la question du divorce) les règles de la compétence ne sont pas les mêmes qu'en matière ordinaire. C'est le Président du lieu où il est urgent de prendre les mesures qui est compétent à cet effet (1).

(1) APPLETON. — *Note sous Lyon précité*. — BERTIN. — *Ord. sur req. et sur réf.*, t. II, N° 243. — BAZOT. — *Des ord. sur req. et sur réf.*, p. 225. — Cass. 20 nov. 1867 (S. 68-1-85). — Paris, 13 juin 1868 (S. 69-2-16), etc.

Un arrêt récent et tout récemment publié vient de confirmer cette théorie (1). La Cour de Dijon, auteur de cette décision, déclare, dans ses motifs, que « le pouvoir de statuer sur les mesures provisoires, réglé par les articles 238 et 240 du Code civil, n'est autre que celui du juge des référés, attribué au Président du tribunal civil..... ; en matière de référé, les règles de la compétence *ratione loci* n'étant pas absolues, et le juge compétent étant celui du lieu où les mesures urgentes peuvent être prises utilement..... ».

Cette décision très nette semble bien indiquer la tendance actuelle de la jurisprudence.

Il ne semble donc pas qu'il y ait aucun inconvénient pratique ni juridique à ce que les mesures provisoires soient prises par un juge qui, au besoin, pourra, dans la suite, être déclaré incompétent.

La seconde raison donnée à l'appui de la thèse suivant laquelle le Président doit statuer sur sa compétence, paraît plus sérieuse (2).

Il est certain qu'elle est une juste critique du système de la Cour de Lyon, suivant lequel le Président malgré l'exception d'incompétence, peut, non seulement prendre les mesures provisoires, mais aussi constater la non-conciliation et donner le permis de citer (3).

(1) Dijon, 20 avril 1904 (D. 07-2-222).

(2) Voir page 65.

(3) Voir page 65.

Il est certain qu'on ne comprendrait pas que le Président pût donner le permis de citer, et refuser de statuer sur sa compétence. Aussi, le système de la Cour de Lyon n'est-il pas à l'abri de toute critique.

Mais si le Président se contente de statuer sur les mesures provisoires, il peut parfaitement refuser de statuer sur sa compétence, sans que la contradiction relevée par M. Bertin puisse lui être reprochée.

N'est-elle pas au contraire, plus singulière, la conclusion de l'arrêt de Grenoble (1), qui va jusqu'à déclarer que le défendeur qui n'a pas interjeté appel de la décision du Président, statuant sur sa compétence, ne peut plus ensuite soulever cette exception devant le Tribunal ?

De deux choses l'une, en effet : ou bien le défendeur laisse acquérir à l'ordonnance rendue sur la compétence l'autorité de la chose jugée ; la conclusion de la Cour de Grenoble est imposée par la logique ; le défendeur est forclos.

Ou bien, il fait appel ; alors, la Cour statue, et sa décision acquiert l'autorité de la chose jugée.

Or, d'une façon comme de l'autre, il se trouve que le tribunal, si cette théorie était admise, n'aurait jamais à statuer sur sa propre compétence, ce qui est contraire aux règles générales de la procédure.

Enfin, nous avons noté que M. Baudry-Lacantinerie

1) Voir page 65.

estimait que le Président pouvait statuer sur sa compétence en vue d'éviter tout retard dans l'instruction de l'affaire.

Ce motif n'est évidemment pas décisif. Sans revenir plus longuement sur le but que s'est proposé le législateur, qui n'a évidemment jamais voulu que la procédure du divorce fût rapide, mais, qui, au contraire, s'est arrangé pour que les instances en soient longues, nous ne pensons pas qu'il soit possible de tirer d'un texte de loi de caractère absolument strict comme la loi de 1886, une disposition qui n'y est pas inscrite, et cela, en vue uniquement de faciliter la marche d'une procédure.

Quant au système de la Cour de Lyon, nous avons dit plus haut qu'il n'était pas lui-même à l'abri de toute critique ; notre distinction va nous servir là encore. Si, en effet, le magistrat du lieu où les mesures provisoires peuvent être prises utilement, peut les prescrire valablement, comme juge des référés, il n'en est pas de même de la constatation de la conciliation, ou plutôt de la non-conciliation, et du permis de citer. Ces deux mesures ne peuvent être évidemment prises que par un magistrat compétent. Le Président est là, nous l'avons vu, un magistrat conciliateur. Or, la conciliation même en matière ordinaire, et à plus forte raison en matière spéciale, à défaut de disposition contraire dans la loi, doit être tentée devant un magistrat compétent.

Et, c'est pourquoi, en fin de compte, nous nous rallions au système développé par M. Appleton (1), qui, lui, fait la distinction entre les pouvoirs du Président conciliateur et ceux du Président juge des référés, système admis, du reste, par la plus récente des décisions rendues en la matière, et qui semble devoir être généralement adopté (2).

L'article 238 ne permet pas au Président de statuer sur sa compétence ; nous sommes en matière de droit étroit. Donc on ne peut donner au Président un pouvoir que la loi ne lui confère pas catégoriquement.

Les règles de la procédure établissent que c'est le tribunal qui doit être juge de sa propre compétence ; donc l'affaire devra lui être soumise ; elle le sera tout naturellement par le renvoi qu'ordonnera le Président de l'affaire, lorsqu'une exception d'incompétence sera soulevée devant lui, après en avoir donné acte au défendeur (3).

Enfin, conclut la note de M. Appleton, dont nous rapportons les termes : « Il n'y a, au fond, qu'une raison à en donner, mais elle est décisive. La compétence du Président dépend de celle du tribunal, et, naturelle-

(1) APPLETON. — *Note sous l'arrêt précité* (Sirey).

(2) Bordeaux, 29 juin 1903 (D. 1904-5-238).

(3) M. DE BELLEYME. — (Ord. sur req. et sur réf., t. I, p. 316), enseignait également, sous l'ancien droit, que le Président devait renvoyer l'affaire devant le Tribunal.

ment, c'est au Tribunal à statuer sur sa propre compétence : *l'effet ne peut précéder la cause.* »

Quant aux mesures provisoires, il peut les prendre, et elles seront valables, parce qu'il les prend comme juge des référés. Il est bien évident, cependant, que, dans ce cas, il ne devrait prendre que les mesures commandées par une réelle urgence.

Au point de vue pratique, cette solution est également satisfaisante. Il est souvent très nécessaire que, dès le début d'une instance, la femme soit autorisée à résider séparément de son mari, que le sort des enfants soit réglé, du moins provisoirement. Avec ce système, toutes ces mesures seront prises efficacement.

Quant à la question de compétence, l'affaire, renvoyée devant le tribunal, ne pourra jamais tarder beaucoup à y être jugée, puisque l'exception doit être jugée sommairement.

Nous terminerons, en rapportant ici textuellement une dernière considération de la note rédigée par M. Appleton, sur cette question : c'est en faveur de la thèse juridique qu'il soutient un argument purement moral, mais néanmoins très saisissant.

« Le système formulé par la Cour de Grenoble, dit-il, aboutit de plus à modifier d'une façon regrettable le caractère de la mission du Président. Les parties viendront devant lui plaider la question de compétence avec un dossier rempli de consultations d'avocat et de

conclusions des avoués, ce qui ne sera guère de nature à amener la conciliation; ou, s'il n'en est pas ainsi, des questions importantes, difficiles, seront jugées sans débat, sans instruction, sans aucune des garanties qui d'ordinaire entourent les décisions de justice. »

Une question se pose, amenée par cette discussion, c'est celle de savoir si le Président pourrait soulever, de sa propre autorité, l'exception d'incompétence, soit dans le cas où le défendeur ferait défaut, soit dans le cas où, comparaisant en personne, il négligerait de le faire lui-même.

En l'absence de toute jurisprudence sur ce point particulier, il se faut contenter d'en chercher la solution dans les principes généraux du droit.

L'incompétence qui peut se produire étant *ratione personæ*, et par conséquent, n'étant pas d'ordre public, il faut, selon nous, admettre que le Président ne peut la soulever d'office (1).

Une décision de la Cour de Bruxelles a refusé à un tribunal le droit de soulever d'office cette exception, ce qui est, du reste, conforme aux principes du droit: il faut en conclure, *a fortiori*, que le Président qui ne peut statuer sur sa compétence, ne peut évidemment en soulever d'office l'exception.

(1) Bruxelles, 26 mai 1867 (P. 67-2-294).

D. — *Mesures Provisoires* (renvoi au Chapitre suivant)

En dehors de ces mesures, qui se rattachent à ses fonctions de juge conciliateur, le Président peut encore aux termes de l'article 238 statuer sur un certain nombre de mesures provisoires. Mais nous ne le rappelons ici que pour ordre ; ces questions seront examinées à part, sous différentes rubriques, dans la deuxième partie de cette étude.

L'énoncé de ces pouvoirs sera, du reste, surtout une énumération, car, sauf pour la question de résidence, les difficultés soulevées par ces diverses mesures, au point de vue spécial des pouvoirs du Président, sont rares.

DEUXIÈME PARTIE

III. — Mesures provisoires

1° Résidence

A. — Caractère des Pouvoirs du Président

Les questions de résidence sont les seules, parmi les mesures provisoires, qui présentent certaines difficultés, et certains sujets de controverses.

A. — *Première Ordonnance*

Disons tout d'abord que le Président a le pouvoir de statuer sur la résidence des époux, soit par la première ordonnance, soit par la seconde, ou même par toutes les deux.

Il est, d'autre part, nécessaire de fixer le sens exact de l'article 236 : « Le juge, dit cet article, peut, par l'ordonnance..... autoriser l'époux demandeur... »

Ce mot « peut » veut-il dire que le Président a la faculté de refuser de statuer.

Cette opinion a été soutenue (1). Et on a voulu voir dans ce mot la faculté, pour le Président, d'accéder ou non à la demande qui lui est faite à cet égard.

Nous ne croyons pas que cette théorie doive être admise. L'explication de la présence du mot « peut » est très simple, si l'on se représente que l'ancienne procédure du divorce ne reconnaissait pas au Président, mais seulement au tribunal, le droit de statuer sur la résidence. La pensée du législateur de 1886 est donc fort claire. Il a voulu dire que, dorénavant, ce pouvoir était donné au Président.

Ce serait, du reste, nous mettre en contradiction avec la théorie soutenue au sujet du caractère de la première ordonnance que d'admettre cette idée. Nous avons essayé de démontrer que les pouvoirs du Président, pour cette première ordonnance, se rattachaient au pouvoir général du Président du tribunal civil de répondre les ordonnances sur requête ; l'ordonnance en question est donc un acte gracieux, mais un de ces actes gracieux, qui ne sont, en quelque sorte, que des mesures d'ordre, que le magistrat ne peut se refuser à signer, sous peine d'entraver l'exercice d'une action dont il n'est pas juge (2). Comment, dans ces conditions, le Président pourrait-il refuser de statuer sur la résidence du demandeur lorsqu'il en est régulièrement

(1) DEPEIGES, p. 47. — CARPENTIER, n° 953.

(2) Voir *supra*, page 23.

requis ? Nous verrons, en effet, un peu plus loin, que le défaut d'observation de la loi, au sujet de la résidence prescrite, peut avoir de graves conséquences pour la femme, tout au moins.

B. — *Deuxième Ordonnance*

Par la seconde ordonnance, le Président confirme ou modifie, s'il y a lieu, la résidence prescrite dans la première ordonnance.

En ce qui concerne ce second acte, l'obligation pour le Président de statuer sur la résidence est la même que pour le premier ; mais pour d'autres motifs. Ce n'est évidemment plus comme magistrat chargé de répondre les requêtes, mais comme juge des référés, que le Président agit ici ; les choses se passent comme en référé, le défendeur présent ou dûment appelé. Le Président ne peut donc refuser de statuer ; ce serait un déni de justice. Du reste, les termes de l'article 238 sont impératifs. Ce qu'il faut dire, c'est que son pouvoir d'appréciation est très grand, en ce qui concerne l'application de la mesure qu'il doit prendre.

**B. Examen et énumération des pouvoirs du Président
dans les divers cas**

Quels sont en effet, les pouvoirs du Président à ce sujet ?

A. — *Première Ordonnance*

Deux cas peuvent se présenter : c'est le mari, ou c'est la femme qui sont demandeurs.

Dans le premier cas, le Président doit se borner à autoriser le demandeur à habiter séparément de sa femme, de telle sorte qu'il ne puisse pas lui être reproché d'avoir abandonné celle-ci, ou de l'avoir expulsé, s'il y a lieu à expulsion. C'est là tout ; les travaux parlementaires indiquent nettement que le législateur n'a pas voulu conférer au Président le pouvoir de fixer d'une façon précise le domicile du mari (1). La loi ne prévoit pas du reste, de sanctions contre l'inobservation par le mari de la prescription que pourrait formuler à cet égard le Président.

Dans la cas où la femme est demanderesse, la loi fait un devoir au Président de statuer sur la résidence, de déterminer l'endroit où la demanderesse devra habiter pendant l'instance.

Le pouvoir d'appréciation du Président à cet égard, est très étendu ; il est juge absolu de l'endroit à fixer. Il peut autoriser la femme à résider chez des parents, chez des amis, seule même ; il peut également l'autoriser à résider en dehors de l'arrondissement, s'il le juge convenable. Cette solution sera toute indiquée, dans le cas où précisément, les parents de la femme

(1) *Journal Officiel*. Doc. Parlem. Sénat, 1885, p. 298, art. 3.

habiteront eux-mêmes en dehors de cet arrondissement.

Là, se pose une grosse question. Peut-il l'autoriser à rester au domicile conjugal, et ordonner en conséquence l'expulsion du mari ?

Les auteurs ont généralement pensé que cela n'était pas possible; le législateur semble avoir prévu le cas (1). Mais il semble difficile en l'absence d'une disposition formelle, de reconnaître ce pouvoir au Président. Une telle mesure peut avoir de graves conséquences, et elle est bien importante pour qu'on permette au Président de la prendre par cette première ordonnance, acte gracieux par lequel le Président statue sans entendre le défendeur, et qui n'est susceptible d'aucun recours.

Nous pensons, en effet, que, même lorsqu'elle statue sur la résidence, la première ordonnance n'est pas susceptible d'appel. Il n'y a pas à proprement parler l'exercice d'un pouvoir contentieux, dans le fait de prescrire une telle mesure; c'est une mesure d'ordre, que prend le Président, rien d'autre. Tout au plus, pourrait-on admettre, suivant une théorie rapportée plus haut (2), que le défendeur pourrait faire rapporter l'ordonnance. Mais encore, pour cela, faudrait-il admettre que cette ordonnance lui porte préjudice.

(1) Voir *Travaux parlementaires*, loc. cit.

(2) Voir *supra*, page 16.

Or, il pourrait évidemment en être ainsi, si elle ordonnait son expulsion, Il est donc plus logique d'admettre que le Président ne peut l'ordonner.

Comme on le voit, le Président statue en réalité sur la résidence des deux époux quoique la loi ne l'autorise expressément à le faire que pour l'époux demandeur. Dans aucun cas, il ne fixe la résidence du mari ; dans le cas seulement de la femme demanderesse, il fixe la résidence de cette dernière ; mais, dans tous les cas, il statue sur la résidence des deux parties, par cela même qu'il autorise l'une d'elles à habiter séparément de l'autre.

Il en est de même du reste pour la deuxième ordonnance.

B. — *Deuxième Ordonnance*

Les pouvoirs du Président, sont ici plus larges. « Il statue à nouveau, dit l'article 238, sur la résidence de l'époux demandeur », et, en fait, comme nous venons de le dire, sur la résidence de tous deux, sans pouvoir toutefois fixer une résidence au mari (1).

Dans le cas même où celui-ci est demandeur, il se borne à l'autoriser à résider séparément de sa femme.

Le Président statue, par cette deuxième ordonnance comme juge des référés, c'est, du moins, en cette qualité

(1) *Travaux parlementaires*, loc. cit.

que la loi lui confère ses pouvoirs à cet égard. L'ordonnance qu'il rend, semblable en cela aux ordonnances, de référé, est susceptible d'appel dans les délais fixés par l'article 809 du Code de Procédure civile, dit l'article 238, c'est-à-dire dans la quinzaine ; enfin, le défendeur est présent, ou, en tous cas, régulièrement cité et le débat est contradictoire.

C'est pourquoi la jurisprudence n'a pas hésité à reconnaître au Président, d'une façon presque unanime le pouvoir d'autoriser la femme à résider provisoirement au domicile conjugal, et à ordonner l'expulsion du mari (1).

Quelques arrêts jettent une note discordante, et déclarent que ce pourvoi n'appartient pas au Président (2). D'autres le limitent, et déclarent qu'en tous cas, l'expulsion du mari, destinée à laisser la place à la femme, ne peut être ordonnée qu'exceptionnellement, en cas d'absolue nécessité (3). Mais ces arrêts ne sont pas les plus nombreux, ni les plus récents. L'opinion unanime des auteurs et de la généralité des tribunaux, en faveur du pouvoir d'expulsion, doit donc l'emporter.

Du reste les travaux parlementaires, ainsi qu'il est

(1) Dijon, 28 déc. 1859 (S. 60-2-270). — Paris, 1^{er} février 1864 (S. 65-2-296) ; Cass. 18 janvier 1892 (D. 92-1-124), etc. — DE BELLEYME. — Ord. sur req., t. I, p. 65, t. II, p. 348. — VRAYE et GODE. — Tome II, p. 41. — COULON. — Tome IV, p. 266., etc.

(2) Limoges, 21 mai 1845 (D. 49-2-45).

(3) Paris, 17 juin 1858 (S. 59-2-45). — Paris, 5 mars 1895 (D. 95-2-231).

dit plus haut, montrent bien que le législateur a prévu le cas, et a admis la possibilité de cette solution, se bornant à déclarer que, même en cas d'expulsion, le Président qui l'ordonne, ne peut fixer au mari une résidence que celui-ci reste libre de choisir. On peut ajouter que l'article 242 Code civil, en permettant à l'un ou l'autre époux de faire apposer les scellés, semble indiquer qu'il pourra se faire que, dans certains cas le mari pourra n'être pas constitué gardien des biens, ou du moins du mobilier de la communauté.

Au surplus, le scrupule qui a pu retenir certains Présidents ou certaines Cours de prononcer de telles expulsions, scrupule inspiré par les tendances antiféministes du Code civil, n'est plus de mise aujourd'hui, et paraît vieillot.

L'autorité du mari, comme chef de la communauté est fortement ébranlée, et se trouve menacée dans ses bases les plus profondes. En présence du progrès du féminisme dans les esprits, sinon encore dans la loi, l'expulsion du mari ne semble plus la chose monstrueuse qu'elle pouvait paraître autrefois. Pourquoi ne pas laisser la femme au domicile conjugal, lorsque la maison qui le constitue lui est propre, ou lorsqu'elle y exerce un commerce ? La situation de la femme, dont l'expulsion est ordonnée sur la requête du mari demandeur, n'est-elle pas aussi intéressante, plus intéressante même, que celle du mari, dans le même cas ?

Nous pensons donc qu'en pareil cas, le pouvoir d'appréciation du Président est très étendu, et qu'il doit s'inspirer avant tout de l'intérêt des parties, et des enfants, s'il y en a.

La dernière question qui se pose, à cet égard, est celle de savoir si le Président peut statuer d'office, dans le cas où ni le mari, ni la femme ne demandent d'autorisation.

La question doit être posée, car théoriquement, le cas peut se présenter. M. Carpentier estime, avec juste raison, qu'il ne peut statuer d'office ; c'est l'application pure et simple, en l'absence de disposition spéciale, des règles du droit commun.

Mais ajoutons immédiatement qu'en pratique, la chose n'est pas possible, sauf, peut-être, dans le cas où le défendeur serait absent, et considéré comme sans domicile ni résidence connus. Car, sauf dans ce cas, le demandeur, et même la défenderesse présente, n'omettront jamais de se faire autoriser à résider séparément.

Le mari demandeur se pourvoit toujours à cet égard pour empêcher la femme de venir le troubler au domicile conjugal, et la femme demanderesse, de même, pour qu'il ne lui soit pas reproché d'avoir quitté le domicile conjugal, et de ne pas encourir la déchéance de l'article 241. D'autre part, la femme le demandera, non seulement comme demanderesse, mais aussi comme défenderesse, pour pouvoir obtenir une pension, et

conserver le droit d'en poursuivre le paiement pendant l'instance (Arg. de l'article 241).

Cette dernière question ne présente donc jamais en fait de difficulté.

2° Remise des effets personnels

L'article 238, § 2, stipule que le Président « statue à nouveau, s'il y a lieu..... sur la remise des effets personnels. » Ce pouvoir ne soulève aucune difficulté particulière. Le Président peut et doit autoriser l'époux qui quitte le domicile conjugal à en emporter les effets nécessaires à une habitation séparée. La seule mesure que doit observer le Président dans l'exercice de ce pouvoir, est relative à la quantité et à la nature des objets dont il autorise l'enlèvement. Il doit s'inspirer de ce principe, que la mesure qu'il prend est purement provisoire, et ne pas autoriser l'époux qui le sollicite à enlever, en dehors des hardes, des meubles en quantité telle que l'ordonnance constitue en quelque sorte un partage anticipé. Le partage ne doit se faire qu'à la liquidation, et jusque là, le mobilier doit rester, autant que possible, intact, sauf le droit, pour l'époux qui réside au dehors, à faire apposer les scellés et à faire dresser inventaire.

3° Garde des Enfants

Là, encore, aucune difficulté ne se présente, en ce qui concerne les pouvoirs du Président, à l'égard de cette mesure.

La mesure est purement provisoire ; elle ne confère nullement à l'époux désigné pour la garde des enfants, les droits que lui donne la sentence définitive (notamment en ce qui concerne le consentement au mariage, art. 152 du Code civil, modifié par les lois du 20 juin 1893 et du 21 juin 1907).

D'autre part, l'ordonnance que rend le Président ne saurait en aucune façon, porter atteinte à la puissance paternelle, dont le père ne peut être déchu que dans les cas prévus par la loi du 24 juillet 1889. Par voie de conséquence, l'administration des biens appartenant aux enfants, doit rester au père.

Dans ces conditions, et ainsi limité, le pouvoir du Président, en ce qui concerne la garde des enfants, peut s'exercer librement, le magistrat étant maître de les confier à l'un ou l'autre des parents, et juge absolu de sa conduite, qui doit avant tout, bien entendu, s'inspirer de l'intérêt des enfants eux-mêmes. Il a même le droit, lorsqu'une convention est intervenue entre les parents à l'égard de leurs enfants, ce qui est en somme licite, de n'en pas tenir compte, et d'en ordonner au-

trement. Le Président statue sur cette mesure par la seconde ordonnance.

4^o Mesures conservatoires

C'est pour rapprocher cette dernière mesure des deux précédentes, à cause de certains caractères communs et les séparer des deux suivantes, que les mesures conservatoires sont étudiées ici. Si nous avons tenu à suivre pas à pas le texte de la loi de 1886, leur étude n'aurait dû venir qu'un peu plus loin. Les prescriptions de la loi en ce qui les concerne, sont contenues dans l'article 242 du Code Civil ; leur place dans la loi, la nature dans ces mesures indiquent qu'elles n'ont pas été considérées comme faisant partie intégrante de la procédure préliminaire de conciliation, de même que les mesures énumérées en l'article 238.

Le caractère, relativement exceptionnel de ces mesures en est la cause, et aussi la forme employée pour les obtenir du Président. Celui-ci les autorise, en effet, par une autre ordonnance que celle dans laquelle, après avoir constaté la non-conciliation, il autorise la résidence séparée, règle la garde des enfants, etc....

A. — *Formes à employer*

Sur ce point, cependant, et sur l'explication des mots « à charge d'en référer, employés par l'article 242, des divergences se sont produites.

Rappelons tout d'abord le texte de l'article 242 : « L'un ou l'autre des époux peut, dès la première ordonnance, et sur l'autorisation du juge, donnée à charge d'en référer, prendre pour la garantie de ses droits, des mesures conservatoires, notamment requérir l'apposition des scellés sur les biens de la communauté. »

Il avait été jugé avant la loi de 1886, que la non-conciliation et les mesures conservatoires pouvaient être constatées et autorisées par la même ordonnance (1).

La même opinion est aujourd'hui soutenue par M. Carpentier (2) ; « Les deux pouvoirs auxquels nous faisons allusion (permis de citer et mesures conservatoires), dit-il, ont été pour ainsi dire assimilés par l'article 238. » M. Carpentier reconnaît qu'il subsiste, cependant, entre eux, certaines différences, et que ce mode de procéder n'est pas sans rencontrer en pratique certains inconvénients.

Nous croyons que cette dernière proposition est vraie, et que, si, lors de la tentative de conciliation, les époux se mettent à discuter sur les questions d'intérêt, sur l'opportunité d'une apposition de scellés ou de toute autre mesure, la tentative est bien inutile, et court de grandes chances d'échouer.

(1) Cass. 15 juillet 1879 (S. 80-1-97).

(2) Tome II, n° 93.

Mais nous pensons, de plus, que, juridiquement, cette thèse n'est pas admissible. Il semble que son application et la détermination de la procédure à suivre aient donné lieu à certaines confusions.

Très clairement, l'auteur cité explique, à ce sujet : « Que l'article 238 semble limiter les pouvoirs du Président comme juge conciliateur aux mesures qui concernent la résidence de la femme, la garde des enfants, la pension alimentaire et la remise des effets personnels. D'autre part, le même article 238, alinéa 5, et l'article 248 paraissent subordonner la faculté pour le Tribunal de statuer sur les mesures provisoires et conservatoires à la condition qu'il ait été saisi de la demande au fond.

Le Président n'étant pas compétent comme juge conciliateur, et le Tribunal, par hypothèse, n'étant pas encore saisi de la demande principale, il n'y aurait donc, en principe, que la voie de l'ordonnance sur requête qui resterait ouverte, pour réglementer ces mesures » (1).

Le rôle du Président est très nettement déterminé. Il semble donc étonnant de voir ensuite M. Carpentier soutenir que le Président peut, par la seconde ordonnance, statuer, et sur le permis de citer, et sur les mesures conservatoires. La seconde ordonnance,

(1) CARPENTIER. — Tome II, n° 93.

en effet, n'est pas une ordonnance sur requête, puisque le défendeur est appelé.

D'autre part, il est étonnant de voir la Cour de Lyon (1) déclarer, suivant une opinion qui semble communément acceptée, que le Président ordonne les mesures conservatoires en référé.

On ne voit pas pourquoi il en serait ainsi. Le pouvoir donné au Président par l'article 242 n'est pas à proprement parler un pouvoir spécial, ainsi que nous le disions plus haut, comme ceux qui découlent de l'article 238. Le type le plus fréquent, dans la pratique, des mesures conservatoires, et en même temps, le seul dont parle l'article 242, est l'apposition des scellés. La loi, sur ce point, n'a donc rien créé : l'article 909 du Code de Procédure civile a, de tout temps, permis au Président d'autoriser les appositions de scellés, en cas de décès, à la requête des créanciers du défunt. L'article 242 applique cette procédure à la procédure du divorce, et voilà tout. Or, l'autorisation d'apposer les scellés, en cas de décès, est donnée par une ordonnance sur requête. Pourquoi en serait-il autrement, à défaut de disposition spéciale dans la loi de 1886, en cas de divorce ?

Il faut ajouter, toujours en ce qui concerne l'apposition de scellés, qu'une telle façon de faire est la

(1) Lyon, 5 juin 1891 (*Mon. Jud.* Lyon, 28 juillet 1891).

seule rationnelle : elle ne peut, en effet, avoir d'effet utile que si le défendeur n'en est pas prévenu, ou, tout au moins, elle risquerait, dans bien des cas, d'être vaine, si le défendeur en était averti. La voie de l'ordonnance sur requête est, à ce point de vue, la plus logique, puisqu'elle permet d'obtenir l'autorisation nécessaire à l'insu de la partie adverse (1).

Nous pensons donc, pour résumer cette question, que le pouvoir du Président, en la matière, n'est pas un pouvoir spécial. Le Président agit, non comme juge conciliateur, puisque ses pouvoirs à cet égard, sont limités par l'article 238, — non comme juge des référés, pour les raisons que nous venons de donner, mais, comme le dit M. Carpentier, comme magistrat chargé des ordonnances sur requête. La voie à suivre est de présenter requête afin d'obtenir la permission demandée par une ordonnance différente de l'ordonnance de non-conciliation. Ce qui semble possible, d'autre part, c'est d'obtenir cette autorisation relative aux mesures conservatoires par la première ordonnance. Ceci s'accorde bien avec l'article 242 qui stipule que « dès la première ordonnance, les mesures conservatoires peuvent être requises » ; d'un autre côté, au point de vue de la forme, cette façon de procéder ne présente pas d'inconvénient, puisque la

(1) Rennes, 22 juillet 1818. Collection chronologique du *Journal du Palais*.

première ordonnance est une ordonnance sur requête.

B. — *Nécessité d'en référer en cas de difficultés*

Voyons l'autre point de discussion ; que veulent dire les mots : « A charge d'en référer » ?

Suivant l'opinion de M. Goirand (1), ces mots signifient que le Tribunal, une fois saisi de la demande en divorce, pourra être appelé à connaître de ces mesures, en quelque sorte, comme juge d'appel.

Suivant l'opinion de Depeiges (2), le Président aurait la faculté, s'il jugeait la question trop grave, d'en référer au Tribunal.

Enfin, d'après une troisième opinion, les mots « à charge d'en référer » signifient que, lorsqu'une difficulté se produit sur l'exécution de l'ordonnance, il doit en être référé au Président comme cela se pratique généralement en matière de saisie-arrêt ; de même qu'en cette matière, le Président doit indiquer dans l'ordonnance, qu'il n'autorise la mesure réclamée que sous cette condition (3).

Nous pensons que cette explication est de beaucoup la plus juridique. Elle paraît indiquée en tous cas, si

(1) GOIRAND, p. 226.

(2) DEPEIGES, n° 81.

(3) VRAYE et GODE. — Tome II, p. 597. — COULON. — Tome IV, p. 315. — GARSONNET. — Tome IV, § 1366, p. 491.

L'on admet que les mesures conservatoires doivent être ordonnées par une ordonnance sur requête. Le Président ordonne, (comme dans la pratique en matière de saisie-arrêt) qu'en cas de difficultés, il lui en sera référé, et ceci, uniquement en vue, dans le cas où le défendeur s'opposerait à la mesure, d'établir un débat contradictoire, qui lui permette de s'expliquer.

Une autre raison, toute philologique, vient à l'appui de cette thèse : c'est le mot référé. Nous ne voyons pas, dans le Code de procédure civile, d'autre sens donné au mot référé que celui du référé proprement dit. La loi de 1886 est une loi de procédure ; il semble tout naturel de penser que ses auteurs, en employant le mot « référé » consacré dans ce sens précis par 80 ans de pratique judiciaire, ont voulu dire qu'il y aurait lieu, en pareil cas, à référé.

Une remarque générale s'impose, en ce qui concerne les trois mesures provisoires que nous venons d'étudier : remise des effets personnels, garde des enfants, mesures conservatoires, et c'est pourquoi, ainsi qu'il est dit, en tête du chapitre précédent, nous avons cru devoir en faire le rapprochement.

Toutes trois ont un caractère absolument provisoire, et de plus, absolument conservatoire. Les deux premières sont susceptibles d'être réformées dans la suite sans dommage réel pour celui au préjudice duquel elles ont été prononcées ; le troisième est purement conser-

vatoire, et elle aussi, sans dommage pour le défendeur.

Les pouvoirs conférés au Président, à cet égard, rentrent bien, tout spéciaux qu'ils sont à la procédure du divorce, dans le cadre des mesures que le Président peut prendre en sa qualité de Juge des Référés, ou de Juge chargé des ordonnances sur requête, pour les mesures conservatoires. Or, nous avons essayé de montrer que ces pouvoirs avaient été conférés au Président par la loi de 1886, en quelque sorte, en ces deux qualités, et à raison de ces fonctions.

Il n'y a donc rien d'excessif dans ces dispositions de la loi ; les pouvoirs du Président restent, en somme conformes à ceux qu'il exerce en référé.

Il n'en est pas de même en ce qui concerne les deux mesures qui vont suivre : la pension alimentaire et la provision. Celles-ci, en effet, ont le caractère de véritables condamnations ; ce ne sont pas des mesures conservatoires ; et, d'autre part, en admettant qu'elles soient provisoires, ce qui pourra être, en effet, dans les cas où, la femme ayant une dot, les sommes versées à titre de pension pendant l'instance devront s'imputer sur les arrérages et le montant de cette dot, elles n'en sont pas moins fort dommageables pour celui au préjudice duquel elles sont prononcées ; l'ordonnance est sujette à appel, en ce qui les concerne, c'est vrai ; mais, de même qu'en matière de référé, du reste, les ordonnances du Président sont exécutoires par provision,

et sans caution, et l'époux ainsi condamné peut être mis en demeure de s'exécuter sans délai.

La loi a donc innové d'une façon complète, en donnant au Président des pouvoirs tout à fait exorbitants du droit commun. Il est vrai que la mesure est prise en présence du défendeur, ou lui dûment cité, et qu'il a la possibilité de se défendre. Il est vrai aussi, ainsi que nous venons de le dire, que l'ordonnance est sujette à appel : on ne s'expliquerait pas, sans cela, l'étendue des pouvoirs du juge, dans ces deux cas.

5° Pension alimentaire

Cette mesure, en ce qui concerne les pouvoirs du Président, ne comporte pas de difficultés.

L'article 238, alinéa 2, confère au Président le pouvoir de statuer. . . . « s'il y a lieu, sur la demande d'aliments ». Les pouvoirs du Président n'ont jamais donné lieu à aucune contestation, ni en ce qui concerne leur nature, ni en ce qui concerne leur étendue. Sa faculté d'appréciation est très large à cet égard, et, sous la réserve de l'appel, il est maître de fixer la quotité de la pension.

6° Provision *ad litem*

En ce qui concerne la somme à allouer, il en est de même que pour la pension. Le pouvoir d'appréciation

du Président est très large à cet égard, à condition, toutefois, que, ce pouvoir, on le lui accorde.

Il est à noter, en effet, qu'il n'est pas formellement prévu par la loi. Cependant, certains auteurs s'accordent à le lui reconnaître (1), et un certain nombre de décisions judiciaires ont aussi consacré cette théorie, déclarant que la provision *ad litem* ne pouvait être utilement demandée que pour des frais à avancer, et non pour solder des frais déjà faits.

D'autres auteurs, cependant, n'ont pas hésité à déclarer que ce pouvoir n'appartenait pas au Président (2).

Cette opinion nous paraît la plus juridique. Il serait commode, dans la pratique, de pouvoir obtenir du Président, lors de la tentative de conciliation, une condamnation à une provision *ad litem*. Mais, dans une matière comme la nôtre, il n'est pas possible de céder à une telle raison. Les pouvoirs du Président, en l'espèce, sont exceptionnels et de droit strict. Il faut donc décider qu'ils ne peuvent pas être entendus et s'en tenir à l'énumération limitative de ces pouvoirs, donnée par les articles 234 à 238.

(1) DEPEIGES, n° 71. — COULON et FAIVRE, p. 124. — CARPENTIER. — Tome II, n° 71, p. 97.

(2) VRAYE et GODE. — Tome II, n° 583. — GARSONNET. — Tome IV, § 1371. — COULON. — Tome IV, p. 299.

7° Pouvoirs au Cours de l'Instance

Il faut mentionner encore, comme se rattachant aux pouvoirs du Président, en matière de divorce, les mesures qu'il peut prendre en cours d'instance dans certains cas.

L'article 238, § 5, précise un de ces cas. Tout en déclarant qu'une fois que le tribunal est saisi, celui-ci peut seul modifier ou compléter les mesures provisoires, l'article fait une réserve à l'égard de la résidence de la femme, et permet au Président de statuer en référé sur le changement que celle-ci voudrait en effectuer.

Mais, ce faisant, l'article 238 ne donne pas à proprement parler un droit nouveau, ni spécial au Président. Il fixe par ses termes, un point qui aurait pu paraître douteux en l'absence de disposition formelle, mais ne fait, en réalité, que consacrer le pouvoir de droit commun donné au Juge de statuer en référé sur des mesures à la fois provisoires et urgentes.

Un autre pouvoir est généralement reconnu au Président, dans le même ordre d'idées ; celui de statuer, même après l'introduction de l'instance, sur les mesures conservatoires.

Ce pouvoir, ainsi que nous avons essayé de le démontrer, ne rentre pas, lui non plus, dans les pouvoirs spéciaux confiés au Président par la loi de 1886 ; c'est

un pouvoir de droit commun, qui lui a toujours appartenu, d'ordonner l'apposition des scellés, l'inventaire, etc.... L'article 242 ne fait donc, lui aussi, que consacrer une situation préexistante, en spécifiant que ces mesures sont possibles dans la procédure du divorce.

Par conséquent, il est logique de penser que l'article 238, § 5, qui retire au Président le droit de statuer, une fois l'instance introduite (sauf le cas de changement de résidence, dont nous venons de parler) n'empêche pas le Président de continuer à statuer valablement, pendant l'instance, sur les mesures conservatoires énoncées dans un article postérieur, l'article 242.

Ces explications seront les seules que nous donnerons sur ce sujet. Elles suffisent à montrer qu'il ne s'agit pas là, en effet, à proprement parler, de pouvoirs « spéciaux », mais de pouvoirs de droit commun ; nous n'avons donc pas à en parler, pour ne pas sortir de notre sujet.

IV. — Rapports de la procédure du Divorce, en ce qui concerne les pouvoirs du Président avec le fond de cette institution.

Tels sont les pouvoirs spéciaux conférés au Président du Tribunal civil en matière de divorce par la loi de 1886. Ainsi qu'on le voit, ces pouvoirs sont absolument particuliers à la procédure du divorce, (et de la sépa-

ration de corps.) Ils constituent une conciliation et un début d'instance originaux.

En présence du caractère tout spécial de cette procédure de conciliation, et de certaines autres mesures, que l'on rencontre dans la procédure du divorce et que l'on ne trouve que là (telles que la transcription), il est permis de se demander, si toutes les formalités prescrites, à cet égard, sont si intimement liées avec l'institution du divorce, que l'on soit amené à les considérer comme faisant corps avec elle, et si les formes du divorce ne font pas à ce point partie intégrante du divorce lui-même qu'il ne soit pas permis de penser que le divorce puisse exister sans leur accomplissement.

La question est sans intérêt, en matière de droit interne. Il est bien certain qu'un divorce prononcé en France par des tribunaux français et entre époux français, devra l'être selon les formes prescrites à cet effet ; le défaut de l'une d'elles pourrait, à juste titre, entraîner la nullité de la procédure, la loi étant la même pour tous.

Il en est autrement en matière de droit international privé.

Le divorce faisant partie du statut personnel des Français, il est certain que des Français habitant à l'étranger pourront obtenir le divorce des tribunaux de ce pays, si toutefois le divorce est permis par les lois

dudit pays, l'institution du divorce étant, par elle-même une institution d'ordre public. Le choix de la juridiction à laquelle ils s'adresseront pour cela entraînera la détermination de la procédure qui devra être suivie.

Or, qu'arrivera-t-il, si la procédure établie pour le divorce, par les lois du pays en question, ne prévoit pas l'une des formalités prescrites par notre Code civil, et que l'on pourrait à première vue, du moins, considérer comme essentielle, la tentative de conciliation, par exemple ?

Cette question de droit international privé s'est posée d'une façon fort nette, en 1902, devant la Cour de Paris. Il est nécessaire, pour la bonne compréhension, d'exposer les conditions dans lesquelles la difficulté s'est posée.

Un ménage de nationalité russe et appartenant au culte israélite, dont l'union avait, du reste, été célébrée en France, plaidait en divorce devant le tribunal de la Seine. L'un des époux, plaidait l'incompétence du tribunal. Sur l'appel interjeté contre le jugement que celui-ci avait rendu, la Cour de Paris rendit elle-même un arrêt qui déclarait la juridiction française incompétente.

La loi russe, en effet, admet bien le divorce ; mais, lorsqu'il s'agit d'époux appartenant au culte israélite russe, ladite loi en renvoie la prononciation à l'autorité rabbinique.

La Cour de Paris, se basant là-dessus, refusa donc d'accéder à la demande en divorce, en déclarant qu'un tribunal français ne pouvait prononcer le divorce entre époux de nationalité étrangère, que lorsque, d'après leur loi personnelle, « l'application du mode de dissolution du mariage rentre dans la compétence de l'autorité judiciaire saisie » (1).

La Cour de Paris ajoutait qu'en ce qui concerne les mesures provisoires (garde des enfants, notamment) elles « rentrent dans l'exercice des pouvoirs de police et de protection qui appartiennent, à l'égard des étrangers, aux autorités du pays où elles résident » (2).

La Cour décidait, en conséquence, « qu'il peut y être pourvu par les tribunaux français, alors même qu'ils n'auraient pas compétence ou qualité pour statuer sur la demande, à l'occasion de laquelle elles sont requises, sauf à eux à en limiter les effets au temps nécessaire pour faire statuer sur cette action par l'autorité compétente » (3).

Ajoutons enfin que la Cour de Paris rappelait, en tête des considérants, le principe général d'après lequel les contestations entre étrangers, et notamment les actions en divorce, peuvent être portées devant les

(1) Arrêt de la Cour de Paris. 17 mars 1902 (D. 1903-2-49), et la note de M. Bartin, sous l'arrêt. Confirmé par la Cour suprême. Voir *infra*, p. 109. Note 1.

(2) Ibid.

(3) Ibid.

tribunaux français quand ces étrangers ont « le libre-accès » en vertu d'une convention diplomatique.

Dans une note très claire, et à l'aide de déductions d'une logique saisissante, Monsieur le professeur Martin prenant nettement parti contre la décision de la Cour, donnait à cette controverse une solution radicalement opposée (1).

M. Martin établissait tout d'abord qu'il n'était pas possible, en droit international privé, de confondre la détermination de la loi applicable avec celle de la juridiction compétente. « Il n'y a pas de lien nécessaire entre la détermination de la loi applicable à une situation juridique, et la détermination de la juridiction qui est appelée à en connaître. Notamment la détermination de la loi applicable n'entraîne pas l'exclusion de telle ou telle juridiction différente de celle que cette loi régit. »

En d'autres termes, étant admis que, pour les questions d'état, par exemple, la loi personnelle des individus domiciliés dans un pays, autre que le leur, doit leur être appliquée, il n'en existe pas moins la possibilité pour les tribunaux de leur domicile, de leur faire l'application de cette loi.

D'autre part, la procédure à suivre en pareil cas, est nécessairement déterminée par le *lex fori*, c'est-à-dire par la loi du juge qui est saisi de l'affaire.

(1) Arrêt de la Cour de Paris. 17 mars 1902 (D. 1903-2-49), et la note de M. Martin, sous l'arrêt. Confirmé par la Cour suprême. Voir *infra*, p. 109, Note 1.

Il n'y a donc pas de connexité entre la détermination de la juridiction compétente et celle de la procédure applicable.

Or, nous avons vu qu'il n'y avait pas connexité entre la détermination de la loi applicable et celle de la juridiction compétente. Donc il n'y a pas connexité entre la détermination de la loi et celle de la procédure applicable.

La conclusion était que la loi personnelle d'un étranger pouvant lui être appliquée par un tribunal français sans qu'une mesure d'ordre public s'y oppose, les règles de fond, de telle ou telle matière étant les mêmes dans l'une et l'autre législation, il importait peu que la forme employée ne soit pas identiquement celle qui est prescrite par la loi nationale de l'étranger en question, la règle, en cette matière, étant que « la procédure applicable à une situation juridique se trouve nécessairement déterminée par la *lex fori* (1).

Or, c'était le cas, dans l'espèce qui était soumis à la Cour de Paris.

La loi russe admet le divorce ; il est vrai que le divorce, dans ce cas (époux de religion israélite) affecte la forme d'une répudiation. (Si cela était réellement, le divorce serait inapplicable en France, où seul, le divorce judiciaire est possible). Mais ce n'est plus là

(1) Arrêt de la Cour de Paris. 17 mars 1902 (D. 1903-2-49), et la note de M. Martin, sous l'arrêt. Confirmé par la Cour suprême. Voir *infra*, p. 109. Note 1.

qu'une « forme ». Le droit mosaïque s'est modifié, et, en réalité, le divorce peut être imposé au mari par le rabbin, sur la demande de la femme ; si donc la forme d'une répudiation a été conservée, au fond ce n'en est plus une.

La Cour de Paris le constate elle-même dans les motifs de son arrêt, et déclare que, du moins, on peut douter que ce soit là, au fond, une répudiation. Le fond du droit est donc le même qu'en France ; le divorce peut être prononcé contre un époux, pour injures et violences.

Cependant la Cour de Paris n'a pas déclaré les tribunaux français compétents. La règle générale, énoncée plus haut, vraie pour tout autre procédure, ne l'est donc pas pour la procédure du divorce ?

M. Bartin résumant la question, posait ainsi le problème :

« La loi nationale des époux, admet le divorce, mais elle en subordonne l'obtention à une procédure toute différente de celle qu'a organisée la *lex fori*, c'est-à-dire la loi du juge saisi de la demande en divorce. Cette différence entre les deux législations est-elle de nature à entraîner le rejet de la demande ? ».....

Et plus loin : « On peut dissocier en général le fond du droit et la procédure, de telle sorte que l'un dépende d'une certaine loi, et l'autre d'une autre. Et cela n'est plus possible en matière de divorce ? Il y a donc en cette

matière, une telle adhérence entre le fond du droit et son expression par la procédure que la loi qui régit le premier s'applique nécessairement à la seconde, ce qui exclut toute intervention d'une procédure différente? »

La Cour de Paris par son arrêt, se prononçait donc pour l'affirmative, en déclarant que « le divorce ne saurait être prononcé par la justice française entre époux russes du culte israélite, la loi russe renvoyant alors la prononciation du divorce à l'autorité rabbinique et en posant le principe que le divorce ne peut être prononcé en pareil cas qu'autant que l'application de ce mode de dissolution du mariage rentre, d'après leur loi personnelle, dans la compétence de l'autorité judiciaire (1).

(1) Il est bon de remarquer, quoique notre intention ne soit pas de discuter l'arrêt en question lui-même, qu'il s'agissait là pour le tribunal saisi, non seulement d'appliquer une procédure autre que celle prévue par la loi nationale, mais de se substituer, lui, tribunal laïque, appartenant à l'ordre judiciaire, à l'autorité rabbinique, tribunal religieux. La Cour de Cassation, en confirmant l'arrêt de Paris, par sa décision précitée, déclare que « la séparation des matières civiles et religieuses n'est pas d'ordre public international ». — Et c'est pourquoi elle en conclut que l'autorité judiciaire française ne peut même pas invoquer de raisons d'ordre public pour se déclarer compétente.

Mais, en admettant que ce dernier principe soit vrai, il est permis de se demander s'il suffit à contrebalancer le principe en vertu duquel la procédure qui doit être suivie dans une instance entre étrangers, est celle de la *lex fori*.

La Cour d'Alger a, du reste, solutionné une difficulté tout à fait semblable dans un sens absolument opposé.

Il s'agissait d'une demande en séparation de corps entre Espagnols; le défendeur déclinait la compétence du tribunal français, en soutenant qu'aux termes de la loi espagnole, applicable en la matière, la séparation de corps portant atteinte aux liens du mariage, était essentiellement soumise aux lois religieuses, et relevait exclusivement des tribunaux ecclésiastiques.

La Cour d'Alger déclara cette thèse inadmissible, en décidant que « les Espagnols admis à plaider entre eux en France, doivent porter leur action devant le tribunal

Nous avons à examiner si cette théorie peut être admise. Nous le rechercherons, en nous plaçant, non plus au point de vue du divorce russe, mais au point de vue du divorce tel qu'il a été réglé par la loi française. Il ne rentre pas dans le cadre de ce travail d'étudier le problème tel qu'il est posé par la Cour de Paris, dont l'arrêt nous aura seulement servi à exposer la question.

Nous nous demanderons si le divorce peut être valablement prononcé entre époux français demeurant en pays étranger, par les tribunaux de ce pays, dans le cas où la loi y aurait établi, pour l'action en divorce une procédure différente de celle établie par la loi de 1886 ; ou, en d'autres termes, s'il y a une telle adhérence entre le fond du droit et la procédure du Code civil, que le divorce ne puisse être prononcé, entre époux français, qu'après l'accomplissement rigoureux des formalités prescrites par les articles 234 et suivants du Code civil. Nous supposons, bien entendu, que les époux sont domiciliés dans un pays dont la législation admet le divorce judiciaire.

Il semble difficile, à première vue, d'admettre qu'il puisse en être ainsi, et de penser qu'une institution, quelle qu'elle soit, le divorce entre autres, puisse se caractériser autrement que par ses règles de fond. Les

compétent pour connaître entre français d'une action semblable ; et se conformer, en ce qui concerne les règles de procédure à suivre, aux prescriptions du Code de Procédure Civile français. — Alger, 7 mars 1898 (*Le Droit*, 10 juin 1898).

législations modernes, et notamment celles qui ont su s'affranchir des idées religieuses défavorables au divorce, ne sont pas à proprement parler des législations formalistes. La forme a son importance, les règles de procédure établies doivent être suivies par le plaideur qui demande justice : c'est certain. Mais, le pis qui puisse arriver au plaideur qui aurait négligé l'une d'entre elles, dans notre droit français, par exemple, c'est d'être obligé de recommencer. La nullité d'une procédure irrégulière, prononcée par le tribunal, n'éteint pas l'action elle-même. Nous sommes donc loin de la législation romaine, où, dans certains cas, l'inobservation des règles posées par la loi privait irrémédiablement le plaideur négligent de l'exercice de son action.

Aujourd'hui, on peut dire que les règles de procédure ne sont plus là que pour assurer, en quelque sorte le bon fonctionnement de la justice, l'application équitable des règles de fond, d'après les circonstances de fait et de droit qui caractérisent l'action. Elles fournissent au demandeur les moyens de faire la preuve des faits qu'il avance, au défendeur, les moyens de repousser l'action introduite contre lui. Mais leur rôle s'arrête là : et ce serait leur donner une importance qu'elles n'ont pas que de leur en faire jouer un autre.

Elles sont donc la conséquence des règles de fond, mais elles ne concourent pas avec celle-ci pour carac-

tériser les diverses institutions judiciaires d'un pays.

Comment, dans ces conditions, pourrait-on penser que l'institution ne peut vivre sans elles ?

Le principe étant admis, en droit international privé, que les lois de procédure sont territoriales, il devra suffire, dans le cas qui nous occupe, qu'il n'y ait pas contradiction entre la procédure de la législation saisie et le caractère de fond que le statut personnel attribue au divorce. Or, une telle contradiction sera évidemment toujours impossible, si l'on admet que la loi personnelle, d'une part, la *lex fori*, de l'autre, permettent toutes deux le divorce judiciaire (ce que nous avons supposé en commençant).

Mais admettons cependant qu'il puisse exister des cas où une corrélation étroite entre les règles de fond et de forme empêche les juges d'un pays étranger d'appliquer à des Français, par exemple, les dispositions de leur loi personnelle, faute par eux de pouvoir employer les formes édictées par ladite loi.

Peut-on penser qu'il en est ainsi pour le divorce, tel qu'il est établi par la loi française ?

Rappelons ici que l'arrêt de la Cour de cassation, qui a confirmé l'arrêt de la Cour de Paris précité, présentait la question de la façon suivante (1).

« Le juge doit examiner si la loi de l'étranger con-

(1) Cass. 29 mai 1905 (D. 1905-1-353).

sidère les règles établies par elle comme étant ou non de pure forme. Dans le premier cas, nos règles en constituent l'équivalent. Dans le second, quand les règles touchent au fond du litige, le juge doit se déclarer incompétent, pour statuer sur le fond, ne pouvant employer les formes édictées par la loi étrangère (1). »

Il semblerait que l'on puisse soutenir qu'il doit en être ainsi en matière de divorce (et en ce qui concerne la législation française) en invoquant l'insertion dans le Code Civil des règles de procédure relatives au divorce.

Le fait que les règles de fond et les règles de forme sont accolées les unes aux autres, n'indique-t-il pas clairement que le législateur a considéré que ces règles étaient inhérentes à l'institution même, laquelle ne saurait se développer sans leur accomplissement ?

Or, voici quel est à cet égard, l'explication historique fournie par M. Planiol (2).

« La procédure du divorce qui devait se trouver dans le Code de Procédure, a été réglée par le Code civil pour une raison accidentelle. On ne savait pas, en 1803, si le Code de Procédure se ferait rapidement, et on ne voulut pas attendre sa rédaction pour réprimer les abus dont on avait été témoins pendant dix ou

(1) Cass. 29 mai 1905 (D. 1905-1-353).

(2) PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I (3^e éd.), n° 1176, p. 391.

douze ans. On saisit l'occasion qui se présentait de prendre des précautions, et voilà pourquoi on trouve une procédure entière régie par le Code civil... En 1884 et en 1886, quand on a rétabli le divorce et modifié sa procédure, on n'a pas jugé utile de distraire des règles du Code civil, où l'on était habitué à les chercher, pour les transporter dans le Code de Procédure dont il aurait fallu remanier ou allonger le numérotage.»

Cette explication fait tomber l'argument qui est, du reste, sans valeur.

On pourrait faire encore remarquer, à ce sujet, ainsi que M. Planiol l'indique lui-même (1), que « le Code Napoléon contient, du reste, de nombreuses «enclaves» de ce genre, par exemple, à propos de l'adoption, de l'interdiction, des partages, des Hypothèques, de l'expropriation forcée. »

Voudrait-on invoquer alors la particularité, l'originalité des règles de procédure établies pour le divorce, et conclure de là, que ces règles édictées spécialement pour cette procédure, en sont une des caractéristiques ?

Cette raison ne serait pas décisive. Nous essaierons de démontrer plus loin quelle est exactement la portée de la tentative de conciliation, quel est son but.

En attendant, nous pouvons faire observer que, si

(1) PLANIOL. — *Traité élémentaire de Droit Civil*, t. I (3^e éd.), n° 1176, p. 391.

une partie de la procédure du divorce est réglée d'une façon spéciale par le Code civil, toute la procédure du divorce, à beaucoup près, ne s'y trouve pas décrite; en tous cas, certaines règles ne sont que l'application des règles du droit commun.

Spéciale est la conciliation, spéciale la formalité de la transcription. Mais, à côté de cela, la forme de l'instance proprement dite, la procédure d'enquête sont réglées suivant les principes posés par le Code de Procédure civile, pour toute espèce de procès. L'article 239 le dit, du reste, précisément: «La cause est instruite et jugée dans la forme ordinaire.... »

La rédaction nouvelle de l'article 234 fournit un argument nouveau à cette théorie. L'ancien article 234 (1), en effet, disait: « Cette demande (la demande en divorce) ne pourra être formée qu'au tribunal de l'arrondissement dans lequel les époux auront leur domicile. »

Or, la loi du 18 avril 1886 n'a pas reproduit cette disposition; rien n'est dit, dans l'article 234 nouveau, sur la question de compétence; d'où il faut conclure que celle-ci doit être déterminée par les règles du droit commun en la matière.

Enfin, un arrêt de la Cour de cassation Belge (2)

(1) Texte de 1804, reproduit par la loi de 1884.

(2) Cass. Belge, 23 mai 1884 (D. 85-2-97).

formule d'une façon très nette le même principe. Voici le sommaire de cet arrêt :

« La procédure de divorce est soumise aux principes généraux du Code de Procédure civile, à moins que le législateur n'y ait dérogé par des dispositions spéciales; en conséquence, on doit, en matière de divorce, comme en tout autre matière, par application de l'article 451 du Code de Procédure civile, permettre l'appel des jugements interlocutoires, avant le jugement définitif. »

Cette décision, très juridique, nous aidera plus loin et nous y reviendrons; elle définit très exactement la situation.

Ainsi, pour toutes les questions que le législateur n'a pas réglé d'une façon formelle, le droit commun sera applicable. Donc, bien loin d'être spéciale dans chacune de ses dispositions, la procédure de divorce, sauf sur les points formellement prévus par le texte, sera conforme à tout autre procédure devant un tribunal de première instance.

Voyons donc, maintenant, en ce qui concerne les pouvoirs spéciaux du Président en matière de divorce, objet de cette étude, si nous ne trouverons pas, en les étudiant, de nouvelles raisons à l'appui de cette thèse que la procédure du divorce ne doit pas être considérée comme caractéristique de l'institution du divorce.

Nous reviendrons, tout d'abord, pour cela, à l'arrêt de la Cour de Paris, où nous relevons une singulière contradiction.

La Cour, tout en déclarant la procédure française inapte à servir dans l'espèce qui lui était soumise, et en se déclarant en conséquence incompétente, admet, cependant, que les mesures provisoires peuvent valablement être prises en pareil cas par les tribunaux français (notamment en ce qui concerne la garde des enfants). Il est à remarquer, du reste, que cette contradiction se retrouve dans un certain nombre d'arrêts rendus sur des espèces similaires, et qui, tout en déclarant irrecevable l'action en divorce, lorsque la loi personnelle des époux ne l'admet pas, considèrent toutefois que les mesures provisoires peuvent être valablement prises par les tribunaux français (1).

Certaines de ces décisions admettent que ces mesures peuvent être prises par le Président en référé (2) : ceci est fort bien admissible.

Mais d'autres, — le plus grand nombre — n'hésitent pas à confier au Président le pouvoir de statuer en conciliation, dans le cas notamment où sa compétence n'est pas mise en question.

Certes, il est très nécessaire que les mesures provi-

(1) Cass. 6 juin 1888 (*Le Droit*, 28 juin 1888). Id. 19 janvier 1889 (*Gaz Pal.* 16 mai 1889), etc.

(2) Paris, 31 février 1885 (*Journal de droit international privé*, 1885, p. 185)

soires puissent être ordonnées par le juge du lieu, de façon à l'être rapidement. Mais il faut cependant, et malgré tout, être logique.

Or, il est illogique de déclarer que la procédure du divorce, dans telle législation, est si intimement liée au fond du droit, que le divorce ne saurait exister sans que cette procédure soit suivie, — ce qui revient à déclarer la *lex fori* inapplicable, — et, ensuite, d'appliquer cette loi, dans une des dispositions les plus spéciales, et qui est exorbitante du droit commun. Un certain nombre de ces décisions comprennent, en effet, la condamnation à une pension alimentaire parmi les mesures provisoires que le Président peut ordonner en pareil cas. Or, nous avons vu plus haut, quelle anomalie constituait ce pouvoir donné au Président par la loi de 1886.

Enfin, toujours, en ce qui concerne les pouvoirs du Président, une remarque analogue à celle que nous faisons plus haut, en ce qui concerne la procédure du divorce, vient justifier notre théorie.

Les articles 234 et suivants, tels que les a rédigés le législateur de 1886 confèrent au Président des pouvoirs qui, en somme, diffèrent peu des règles posées par les articles 875 et suivants du Code de Procédure civile.

L'article 875 règle la présentation de la requête ; la formalité est la même qu'en cas de divorce, sauf une légère différence ; l'époux, en matière de séparation

de corps, n'est pas tenu de comparaître en personne.

L'article 878 stipule que le Président doit faire aux époux des représentations ; l'article 235 du Code Civil dit « observations ». En cas de non conciliation, le Président rend une ordonnance permettant de citer ; le même article 235 lui donne le même pouvoir. Enfin, aux termes de l'article 878, le Président peut autoriser la femme à résider séparément, et à reprendre ses effets personnels.

Donc, certains des pouvoirs prévus par la loi de 1886 existent également dans le Code de Procédure civile, dans le chapitre relatif à la séparation de corps.

En tous cas, ce qui fait l'originalité de la conciliation, le principe qui domine la matière, la conciliation tentée devant le Président du tribunal civil, au lieu du juge de paix, conciliateur du droit commun, se trouvait inscrit au Code de Procédure civile en même temps qu'il l'était dans le Code civil, et la loi de 1886 n'a rien innové sous ce rapport.

Comment, dans ces conditions, pourrait-on dire que cette procédure de conciliation est caractéristique de la procédure de divorce ? Comment pourrait-on soutenir, que, de la place occupée dans le Code civil par les règles de la procédure du divorce, il faut conclure que ces règles font corps avec l'institution elle-même ?

Telles sont les raisons pour lesquelles nous ne croyons pas que l'on doive considérer la procédure du

divorce comme solidaire de l'institution elle-même.

Voyons maintenant, en prenant une à une, les diverses phases de la procédure, s'il est possible de penser que l'une quelconque des mesures prescrites soit autre chose qu'une pure formalité, que peut, sans difficultés, remplacer la procédure de tel ou tel autre pays, pourvu toutefois, que, dans ce pays, les règles de fond soient semblables aux nôtres.

Prenons la présentation de la requête par le demandeur, et le pouvoir donné au Président de délivrer le permis de citer.

Nous avons vu qu'il convenait de ne pas attacher une signification par trop importante à cette formalité. Elle constitue une précaution de plus, prise par le législateur pour tenter d'amener l'époux demandeur à se réconcilier avec son conjoint.

Mais qu'y a-t-il là de spécial ? La présence du Président. La tentative de conciliation, en elle-même, en effet, n'est pas une formalité particulière au divorce ; elle est la règle en droit français, et ce n'est qu'exceptionnellement que les plaideurs peuvent en être dispensés par la loi ou par le juge. Pourquoi le Président en est-il chargé en matière de divorce ? Parce qu'un divorce est une chose grave, qui peut avoir des conséquences importantes, au point de vue social, en dehors

des effets qu'il produit à l'égard des parties intéressées, et que, du moins, au moment où la loi de 1886 a été votée, le législateur a pensé que le recrutement des Juges de Paix, conciliateurs de droit commun, ne donnait pas, sous ce rapport, des garanties suffisantes, le Juge de Paix n'ayant pas l'autorité nécessaire pour une pareille fonction.

C'est donc une considération d'un ordre tout à fait spécial à notre organisation judiciaire, et intérieur, qui a substitué le Président du tribunal civil au Juge de Paix.

Or, il se peut que, dans un autre pays, il n'en soit pas de même ; que dans tel ou tel autre Etat, la considération qui a guidé le législateur français, n'ait pas de raison d'être, et que le conciliateur de droit commun soit aussi le conciliateur en matière de divorce. s'il présente à cet égard les garanties nécessaires, si son autorité est suffisante.

La même observation s'applique à la tentative de conciliation elle-même. La procédure en peut être différente, suivant les pays, sans que son action en soit moins efficace. Quant au juge chargé d'y procéder, il sera déterminé dans chaque pays, par les considérations qui ont guidé le législateur français lui-même, sans qu'il soit nécessaire pour le bon résultat de la chose, que ce soit le Président du Tribunal appelé à connaître de la demande. Il se pourra fort bien qu'étant donné

l'organisation judiciaire de l'Etat en question, un autre magistrat se trouve plus désigné pour remplir ces fonctions.

C'est ainsi qu'en Suède, une double conciliation préalable à l'action en divorce, doit être tentée devant l'assemblée paroissiale et la juridiction ecclésiastique. C'est ainsi encore qu'en Serbie, quatre tentatives de conciliation doivent précéder la demande ; une, devant le prêtre de la paroisse des époux, les trois autres devant le chef du diocèse.

Chaque pays a ses institutions propres, ses mœurs propres, auxquelles les lois, même les lois de procédure ne font que se conformer.

Il n'y a donc point de raisons pour considérer la tentative de conciliation pratiquée ainsi, conformément aux règles propres de ce pays, comme moins sérieuse qu'en France.

Que dire, cependant, si l'action entre Français se passait dans un pays où la tentative de conciliation n'existe pas ?

Eh bien ! Nous ne pensons pas que, même dans ce cas, le divorce ne puisse être valablement prononcé.

Les institutions juridiques d'un pays sont en rapports étroits avec les mœurs de ce pays, dont elles découlent. C'est pour ce motif que la pratique de la tentative de conciliation est entrée dans nos lois. Son but primordial aussi bien en matière de divorce qu'en tout

autre matière, est d'éviter, autant que possible, des procès. « Une mauvaise transaction, vaut mieux qu'un bon procès » : telle est l'idée première de la conciliation. Pourquoi ne pas admettre que, dans un autre pays, sous l'influence d'autres habitudes, d'autres coutumes, il en soit autrement ? En d'autres termes, pourquoi ne pas admettre que d'autres pays aient cherché, par d'autres moyens, à éviter les procès, et, en particulier, dans le cas qui nous occupe, à diminuer le nombre des divorces, le divorce étant considéré partout, par hypothèse, du moins, comme un mal nécessaire ?

Tel serait, par exemple, le moyen employé par la législation suisse (article 47 de la loi fédérale du 24 décembre 1874). — A défaut de certains motifs de divorce déterminés, et lorsque, néanmoins, le lien conjugal est profondément atteint, le tribunal peut prononcer une sorte de divorce provisoire d'une durée maximum de deux ans. La préoccupation du législateur suisse apparaît très clairement : il a voulu réserver aux époux, dans des cas où la situation ne paraît pas sans remède, la possibilité de renouer le lien conjugal.

Nous ne voyons pas, s'il est vrai qu'en Suisse, une telle mesure est susceptible de produire des effets heureux, pourquoi des époux, tout français qu'ils soient, habitant en Suisse, ne pourraient pas profiter de cette disposition de loi, puisqu'ils subissent l'influence des coutumes, des habitudes, de la civilisation, des façons

de voir et de penser propres au milieu dans lequel ils vivent eux-mêmes.

Nous avons vu plus haut que le législateur, toujours en vue d'éviter des divorces, avait donné au Président le pouvoir de suspendre pendant vingt jours la permission de citer. Est-ce là encore une forme nécessaire, sans laquelle un divorce ne saurait exister entre Français ? La question a une portée moins grande que la précédente, cet ajournement étant purement facultatif, et les magistrats en usant fort peu, du reste, dans la pratique.

Le raisonnement, cependant, est le même que plus haut. Cette mesure, toute utile qu'elle soit, ne peut être considérée comme se rattachant au fond du droit.

Elle a paru sage au législateur de 1886 ; elle lui a paru répondre à nos mœurs, à notre façon de vivre. Si, dans d'autres pays, d'autres moyens ont paru au législateur plus propres à atteindre le même but, il est raisonnable de penser qu'il les a employés en connaissance de cause, et les a appropriés à l'esprit particulier de son pays.

Telles sont les quatre tentatives de conciliation purement religieuses de la loi Serbe ; telle est la disposition de la loi Norvégienne, qui n'autorise le divorce, qu'après une séparation de trois ans.

Nous ne parlerons pas ici des mesures provisoires. Il est évident que ce ne sont là que des mesures de po-

lice, destinées à assurer le sort des enfants, ou à régler provisoirement des difficultés relatives, non à la personne, mais aux biens des époux. Il est indiscutable que, pour ces questions, la juridiction compétente, et, partant, la procédure applicable, sont celles de la *lex fori* (1).

Nous croyons donc que les principes admis en la matière, et posés dans ces termes par un arrêt de la Chambre des Requêtes, du 12 février 1895 (2) : « Les tribunaux français ne peuvent prononcer le divorce entre étrangers qu'autant que ce mode de dissolution du mariage est admis par le statut personnel des étrangers », nous croyons que ce principe doit continuer à régir la matière, les mots « ce mode de dissolution du mariage » étant entendus dans le sens le plus large, et désignant le divorce, en dehors de toute considération de forme à suivre et de procédure à appliquer.

Nous pensons également que le principe ainsi formulé peut être internationalisé, et s'appliquer non seulement à la solution des divorces entre étrangers résidant en France, mais aussi à la solution des divorces entre Français habitant à l'étranger.

En résumé, les règles générales qui dominent la matière du droit international privé restent entières.

(1) Arg., art. 3 du Code Civil.

(2) (D. 96-1-377).

Le statut personnel des individus leur est applicable partout où ils résident ; les lois de police, et de procédure applicables à une situation juridique, même relative à l'état ou à la capacité des personnes, sont celles du pays où l'action est intentée, le tout en matière de divorce, comme en tout autre matière.

CONCLUSION

L'examen de cette question de droit international privé amène une réflexion : c'est que, sur ce point, comme sur bien d'autres, du reste, il est regrettable que nos lois ne soient pas plus explicites sur les droits des étrangers en France. Les quelques mots réservés aux étrangers en tête du Code civil, au titre préliminaire et au titre 1, pouvaient sans doute être suffisants au commencement du XIX^e siècle, à une époque où l'on voyageait peu, où le nombre des étrangers en France, comme celui des Français à l'étranger, était peu élevé.

A l'heure actuelle, les échanges de nationaux ont considérablement augmenté. En ce qui concerne la France, en particulier, le nombre des étrangers qui y résident, justifierait, sinon un Code des étrangers, tout au moins une loi dans laquelle certaines hésitations de nos tribunaux seraient définitivement éclaircies (1).

(1) Le nombre des étrangers en France est actuellement de 1.033.000.

L'idée d'une telle loi en ce qui concerne le divorce précisément, n'est pas neuve. Elle date de l'époque même ou fut votée la loi de 1886 sur le divorce. L'honorable M. Bozérian soutint devant la Chambre un amendement ainsi conçu :

« Les étrangers domiciliés en France, pourront s'adresser aux tribunaux français pour faire prononcer le divorce, lorsqu'il est autorisé par les lois de leur pays ».

Cet amendement ne fut pas accepté par la Commission et son auteur le retira en faisant la déclaration suivante :

« La question générale, celle de savoir quelle sera la compétence des tribunaux français, lorsqu'un litige viendra à s'engager entre étrangers, est actuellement pendante devant la Commission instituée auprès du Ministère de la Justice pour la révision du Code de Procédure civile.

« Le point de savoir comment cette question sera réglée a déjà été discuté et débattu, et, si les renseignements qui m'ont été donnés par un de nos honorables collègues sont exacts, on aurait déjà approuvé, provisoirement au moins, un article 10, lequel serait ainsi conçu :

« L'étranger peut, dans les mêmes conditions que les Français, sauf l'application de l'article 16 du Code

« civil, — c'est la caution *judicatum solvi* — assigner
« devant les tribunaux français, un Français ou un
« étranger. »

« Il est incontestable, que si cette disposition doit être
un jour adoptée par la Commission de revision du
Code de Procédure civile, j'aurai entière satisfaction,...

« Dans ces conditions, et la question générale étant
engagée devant la Commission dont j'ai rappelé la
création, il ne me paraît ni opportun, ni utile d'enga-
ger une discussion sur la question spéciale de la pro-
cédure en matière de séparation de corps et de divorce:
c'est pour ce motif, et non pas à cause des observations
exposées dans le rapport de la commission, que je
retire mon amendement. »

M. Bozérien s'arrêta donc sur une promesse qui
n'a pas encore été réalisée.

Souhaitons qu'un tel projet de loi soit repris dans
des temps prochains, et que ces questions soient réglées,
le législateur tenant compte des intérêts considérables
que représentent à l'heure actuelle les nombreux étran-
gers qui résident dans notre pays.

Ce n'est pas là, au surplus, la seule modification légis-
lative que nous considérons comme désirable dans la
matière du divorce. L'étude des pouvoirs du Président
nous en suggère d'autres.

Tout d'abord, une réforme devrait être apportée en ce qui concerne la question des commissions rogatoires : ceci, non pas, comme dans le cas précédent, pour fixer une question controversée, puisque, selon nous, il n'y a pas de controverse possible, mais pour innover.

Une réelle difficulté, — révélée par la pratique, — résulte souvent de l'impossibilité où le demandeur se trouve de se faire entendre par voie de commission rogatoire.

Ce n'est pas un inconvénient dira-t-on ; ce ne peut être même qu'un bien qu'il en soit ainsi, si une telle impossibilité peut diminuer le nombre des divorces ; et, d'autre part, la commission rogatoire permise pour le demandeur, serait une mesure néfaste, car la tentative de conciliation serait alors chose illusoire entre deux époux qui ne seraient pas mis en présence.

Ce dernier argument, en présence du résultat vraiment décevant que donnent les efforts des magistrats pour opérer des rapprochements entre époux, paraît quelque peu dénué de portée.

Cependant, sans aller jusqu'à déclarer inutile la tentative de conciliation, — car, alors, si cette proposition était admise, il n'y aurait qu'à la supprimer, — et, tout en considérant qu'elle peut parfois aboutir, ne serait-il pas possible de dire que dans certains cas, la commission rogatoire pourrait être donnée pour l'au-

dition du demandeur. Il est bien évident qu'une telle mesure devrait être exceptionnelle, et ne pourrait être requise par le demandeur qu'après justification d'un empêchement sérieux à se transporter.

Quant au premier argument, que l'on pourrait opposer à une semblable innovation, et que nous rapportons plus haut, — la diminution du nombre des divorces résultant de l'impossibilité où se trouvent les époux demandeurs de se transporter au lieu où est formée la demande, — il est sans portée aucune. Le nombre des divorces peut en être diminué : mais le nombre des situations irrégulières en est augmenté : le nombre des divorces judiciaires est moindre ; celui des divorces de fait est le même. L'époux qui se trouve ainsi arrêté dans sa demande, renonce à la formuler ; mais il ne réintègre pas le domicile conjugal et ne se réconcilie pas pour cela : l'avantage est donc nul.

Doit-on, pour des raisons si faibles, maintenir une mesure qui empêche nombre de personnes de régulariser une situation qui est souvent, du reste, une situation de fait définitivement acquise ? Doit-on alors qu'on a établi le divorce, conserver une disposition qui le rend impraticable à un grand nombre : cela s'appelle donner d'une main, et retirer de l'autre.

L'injustice qui résulte de la loi actuelle est grave, parce qu'elle atteint deux catégories de personnes qui méritent protection : les femmes et les pauvres : les

pauvres, parce que l'impossibilité de se déplacer vient souvent du manque d'argent nécessaire au voyage : les femmes, parce qu'étant donné les règles actuelles de la compétence, en la matière, c'est la femme qui le plus souvent, se trouve obligée d'aller former sa demande là où il a plu au mari de transporter son domicile.

Si donc, on suppose le cas, fréquent hélas ! d'une femme d'ouvrier que son mari a abandonnée pour échapper aux charges du ménage, et aller vivre au loin, quelquefois même en nomade, de ville en ville, si l'on suppose que cette malheureuse chargée de famille, n'a pas de trop de son travail pour subvenir à leur entretien, on conçoit facilement que dans le cas précisément où le divorce pourrait être le plus utile, dans un cas où il répond à un réel besoin, l'institution en est d'un usage impossible.

Cette difficulté pourrait être encore solutionnée par une modification apportée aux règles de la compétence, qui ne serait plus forcément déterminée par le siège du domicile conjugal ; ou plutôt tout en conservant la compétence du tribunal de ce domicile, on pourrait modifier la définition du domicile conjugal, qui ne serait plus nécessairement celui du mari. Mais il nous suffira d'avoir signalé cette question, sans en chercher la solution, ce qui sortirait du cadre de cette étude.

Plusieurs lois viennent d'être votées, qui modifient

dans un sens plus libéral la loi du divorce ; plusieurs autres sont en projet. Il serait à souhaiter que l'initiative parlementaire s'emparât de cette question, pour remédier aux inconvénients de la législation actuelle.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages.
INTRODUCTION.....	1

PREMIÈRE PARTIE

Pouvoirs généraux du Président du Tribunal civil en matière de divorce.....	7
--	----------

I. — Première Ordonnance. Historique. Texte de la loi du 18 avril 1886.....	7
---	----------

1° Caractère de l'intervention du Président	9
--	----------

<i>A. Il fait acte de juridiction gracieuse, et l'ordonnance rendue n'est pas susceptible d'appel : le Prési- dent statue en dernier ressort.....</i>	<i>9</i>
---	----------

a) Comparaison avec les autres actes de juridiction gracieuse.....	9
---	---

b) Etude du texte de la loi et des travaux parlemen- taires	17
--	----

c) Etude de la jurisprudence.....	19
-----------------------------------	----

	Pages.
<i>B. Nécessité pour le Président de rendre la première ordonnance</i>	23
a) Etude de la doctrine	24
b) Etude de la jurisprudence	24
c) Étude du texte de la loi	25
2° Enumération des pouvoirs du Président	26
<i>A. Pouvoirs du Président, lorsque le demandeur est dans l'impossibilité de comparaître</i>	26
a) Le demandeur habite l'arrondissement	26
b) Le demandeur habite hors de l'arrondissement	28
<i>B. Pouvoir du Président de déléguer un autre juge</i>	35
<i>C. Observations à faire au demandeur</i>	36
<i>D. Mesures provisoires</i>	38
APPENDICE	39
Caractère et étendue des pouvoirs du juge en ce qui concerne les mesures provisoires	44
3° En dehors des pouvoirs conférés par la loi, le Président peut-il s'en attribuer d'autres ?	44
II. — Deuxième Ordonnance. Texte de la loi du 18 avril 1886.	46
1° Détermination du caractère des pouvoirs du Président : 1. En ce qui concerne la conciliation et le permis de citer ; 2. En ce qui concerne les mesures provisoires	46
a) Conséquence de cette détermination en ce qui concerne les voies de recours	51

	Pages.
2° Enumération des pouvoirs du Président.....	54
<i>A. Pouvoirs en cas de défaut de l'un des époux</i>	<i>55</i>
<i>B. Pouvoirs en cas de conciliation.....</i>	<i>56</i>
<i>C. Pouvoirs en cas de non-conciliation.....</i>	<i>56</i>
a) Faculté d'ajournement.....	56
b) Commission rogatoire.....	61
c) Compétence (pouvoir du Président de statuer sur sa propre).....	64
d) Mesures provisoires. Renvoi.....	76

DEUXIÈME PARTIE

Mesures provisoires	77
III. — Pouvoirs du Président en ce qui concerne les Mesures provisoires	77
1° Résidence	77
<i>A. Détermination du caractère des pouvoirs du Président.....</i>	<i>{ a) 1^e ordonnance 77</i> <i> b) 2^e ordonnance 79</i>
<i>B. Examen des pouvoirs dans les divers cas.....</i>	<i>{ a) 1^e ordonnance 80</i> <i> b) 2^e ordonnance 82</i>
a) Pouvoir d'expulsion.....	83
2° Remise des effets personnels.....	86
3° Garde des enfants.....	87
4° Mesures conservatoires.....	88
a) Formes à employer.....	88
b) Charge de référer.....	93

	Pages.
5 ^e Pension alimentaire.....	96
6 ^e Provision <i>ad litem</i>	96
7 ^e Mesures en cours d'instance.....	98
 IV. — Rapports de la procédure du divorce, en ce qui concerne les pouvoirs du Président, avec le fond de cette institution.....	 99
CONCLUSION.....	125
TABLE DES MATIÈRES.....	133



REIMS — Imprimerie et Lithographie MATOT-BRAINE
6, rue du Cadran-Saint-Pierre, 6

SPECIALITÉ DE LABEURS

7688

